

# QUO VADIS ERSCHÖPFUNGSLEHRE ?

Andreas Witte | Rechtsanwalt | München | 14.10.2011

Überlegungen zur Erschöpfungslehre bei Software  
und zur EuGH-Vorlage des BGH im Verfahren I ZR  
129/08 – GRUR 2011, 418 ff

# “WAS BISHER GESCHAH“

- Wortlaut des § 69 Nr. 3 Satz 2 UrhG:
  - Wird ein **Vervielfältigungsstück** (...) mit Zustimmung des Rechtsinhabers (...) im Wege der Veräußerung in Verkehr gebracht, so erschöpft sich das Verbreitungsrecht in Bezug auf dieses **Vervielfältigungsstück** (...);
  - An diesem Wortlaut knüpft letztlich die gesamte Literatur, ob einschränkende oder erweiternde Auslegung der Vorschrift, an
  - Aber: ist das EU-konform?
- Warum dies ? Und was sagt die EU-konforme Auslegung?
  - Seit 9.6.93 in Umsetzung der Richtlinie 91/250/EG
  - Dort Art. 2: Das Verbreitungsrecht erschöpft sich (...) in Bezug auf (...) **Vervielfältigungsstücke** nur, wenn der Erstverkauf dieses **Gegenstands**
  - **oder eine andere erstmalige Eigentumsübertragung** in
  - der Gemeinschaft durch den Rechtsinhaber oder mit dessen Zustimmung erfolgt.

# WEITERE ENTWICKLUNG

- 17.5.91 (91/250/EG) bzw. ersetzt durch 2009/24/EG
  - In der Einleitung steht keine Beschränkung auf Werkstücke
  - Art 4 lit. c Satz 2 sagt nichts über den „Aggregatzustand“ einer Softwarekopie aus
  - Knüpft Richtlinie überhaupt an einen vergleichbaren Sachbegriff (§ 90 BGB) an?
  - Sprachliche Ungenauigkeiten könnten zu großer Fehlinterpretation geführt haben (Rili „Erstverkauf einer Programmkopie“ vs. § 69c Nr. 3 S.2 „Vervielfältigungsstück (...) veräußert“) – wieso muß eine „Kopie“ unbedingt ein „Stück“ sein i.S. des § 90 BGB?
- 22.5.01 (2001/29/EG)  
Erwägungsgrund 29 meint mit Onlinediensten ganz andere Fälle (str.), Formulierung teilweise veraltet?
  - These: grenzt lediglich „Lizenzverträge“ iwS auf Dauer von der vorübergehenden Überlassung ab
  - Zum Meinungsstand vgl. Schricker/*Loewenheim*, UrhG, 4 Aufl. § 69c Rz. 34
  - *Loewenheim* differenziert bei online übertragenen Werkstücken nach vorheriger Zustimmung des Rechtsinhabers zur (Anschluß-) Verbreitung, die in unseren Fällen aber so gut wie nie erteilt wurde
  - Problem auch über AGB-Recht nicht lösbar, denn wir sind hier im EU-Recht „gefangen“

# 22.5.2001

- Die Richtlinie 2001/29/EG enthält auch Aussagen zur Erschöpfungslehre bei anderen Verwertungsrechten
  - in **Art. 3** beim Recht der öffentlichen Wiedergabe
  - d.h. hier hat der Gesetzgeber die Erschöpfung ausdrücklich ausgenommen
  - Das hätte er woanders auch machen können, hat er aber nicht
- (1) Die Mitgliedstaaten sehen vor, dass den Urhebern das ausschließliche Recht zusteht, die drahtgebundene oder drahtlose öffentliche Wiedergabe (...) einschließlich der öffentlichen Zugänglichmachung (...) zu erlauben oder zu verbieten.
- (3) Die in den Absätzen 1 und 2 bezeichneten Rechte **erschöpfen sich nicht** mit den in diesem Artikel genannten Handlungen (...).

# DIE BGH-ENTSCHEIDUNG „USED SOFT“

- BGH „Used Soft“ betrifft nur den Fall, in dem
- das Nutzungsrecht auf Dauer überlassen wird
- Software per Download vom Hersteller direkt vertrieben wird
- und neben der somit erstellten Kopie weitere beschränkte Kopierrechte erteilt werden
- Lösung könnte bei § 69 d UrhG (Art. 5 Abs. 1 Rili) liegen
- Zwingender Kern erstreckt sich vom Wortlaut nicht auf Verbreitungsrecht
- Rechtmäßiger Erwerber könnte aber auch „Lizenznehmer“ sein (iSe Erwerbers eines bloßen Recht nach dt. Terminologie)
- BGH: „Art. 5 Abs. 2 dient der Absicherung von Art. 4 Abs. 2“, aber Art. 5 Abs. 2 soll nur bestehende Verkehrsfähigkeit absichern, nicht schaffen

# LÖSUNGSANSATZ

- § 69d Abs. 1 könnte lex specialis zu § 34 sein
- Frage der Reichweite der „bestimmungsgemäßen“ Nutzung richtet sich primär nach Vertrag
- Dennoch sind nach Schricker/*Loewenheim* die Vereinbarungen der Inhaltskontrolle zugänglich, also nicht bloß leistungsbestimmend
- Gesetzgeber hat Reichweite des zwingenden Kerns offen gelassen
- Daher Interessenabwägung erforderlich
- Grenzen der Aufspaltbarkeit dürften sich nach allg. Grundsätzen richten
- All das sagt nichts über Verbreitungsrecht aus, oder führt das Recht zum „Laden und Laufenassen“ iE doch zu einer Erschöpfung oder Schranke?

# VERHÄLTNIS VON §69A FF ZU § 34

- §69a ff sind *leges speciales*
- Über § 69a Abs. 4 gilt i.Ü. das UrhG-AT
- § 69b verdrängt § 34 teilweise durch gesetzliche Güterzuweisung
- Wenn man die Erschöpfung des Verbreitungsrechts hier bei §69d ansiedelt, müsste man die (Weiter)verbreitung von Volumenlizenzen beim zwingenden Kern ansiedeln
- Oder man legt den Erwerberbegriff des §69c Nr. 3 Satz weit aus
- In beiden Fällen wäre die Awbk. des § 34 wegen des Vorrangs ausgeschlossen
- Gegen die Awbk. von § 34 spricht ferner dessen stark urheberpersönlichkeits-rechtlich geprägter Charakter
- § 34 ist auch kein EU-Recht
- die Treu-und Glaubensschanke (Abs. 1 S.2) sowie die Ausnahme (Abs. 2) bei der Veräußerung von Unternehmen
- Der Erwerber könnte insoweit die Software vAa ausgliedern
- VIELEN DANK!