



## VERBRAUCHERFORSCHUNG

# Weiterveräußerungsfähigkeit von digitalen Gütern

Dr. Till Kreuzer  
iRights.Law



Forschungszentrum Verbraucher, Markt und Politik | CCMP



Baden-Württemberg

MINISTERIUM FÜR LÄNDLICHEN RAUM  
UND VERBRAUCHERSCHUTZ

## Gliederung

1. Einleitende Bemerkungen und Fragestellung .....	4
2. Zulässigkeit der Weiterveräußerung nach geltendem Urheber- und Vertragsrecht .....	6
2.1. Der Erschöpfungsgrundsatz und die Weiterveräußerung unkörperlicher Werkexemplare nach geltendem Urheberrecht .....	6
2.2. Meinungsstreit in der Rechtsliteratur .....	7
2.3. Unzulässigkeit des vertraglichen Weiterveräußerungsverbots aus anderen Gründen <sup>9</sup>	
2.4. Übersicht über die höchstrichterliche und neuere instanzgerichtliche Rechtsprechung nach der EuGH-Entscheidung UsedSoft .....	11
2.4.1. Bundesgerichtshof (BGH): Half-Life 2 .....	11
2.4.2. EuGH: UsedSoft .....	13
2.4.3. Oberlandesgericht (OLG) Hamm: Weiterverkauf gebrauchter Hörbücher auf eBay <sup>17</sup>	
2.4.4. Bezirksgericht Amsterdam: Nederlands Uitgeversverbond & Groep Algemene Uitgevers ./ Tom Kabinet .....	20
2.4.5. Hanseatisches OLG: Weiterveräußerungsverbot in AGB für digitale Güter <sup>22</sup>	
2.4.6. Weitere Verfahren .....	23
2.5. Einschätzung: Anwendbarkeit der UsedSoft-Rechtsprechung auf andere Inhalte als Software .....	26
2.6. Zulässigkeit anderer Formen der Weitergabe .....	28
2.7. Zwischenfazit .....	29
3. Argumente für und wider einer Gleichstellung von unkörperlicher und körperlicher Weiterveräußerung .....	31
3.1. Vergleich der Sach- und Interessenlage zwischen physischem und unkörperlichem Verkehr sowie zwischen Software- und anderen Branchen der Kreativwirtschaft .....	31
3.1.1. Erwerberinteressen .....	31
3.1.2. Interessen der Rechteinhaber .....	34
3.1.2.1. Argument: Digitaler Gebrauchtmart fördert Piraterie .....	35
3.1.2.2. Argument: Dateien altern nicht .....	36
3.1.2.3. Sonstige Unterschiede zwischen der Software- und Branchen der Kulturwirtschaft? <sup>38</sup>	
3.2. Zwischenergebnis .....	38
4. Legislative Initiativen .....	40

4.1.	EU-Ebene .....	40
4.2.	Nationale Ebene .....	41
5.	Eigener Vorschlag für die Einführung einer allgemeinen Weiterveräußerungsbefugnis .....	43
5.1.	Generelle Anmerkungen .....	43
5.1.1.	Keine Erschöpfung des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung .....	45
5.1.2.	Keine Beschränkung auf die Veräußerung des „Originals“ .....	46
5.1.3.	Keine Beschränkung auf bestimmte Werkarten und Vertriebswege .....	47
5.1.4.	Keine Nutzungsrechte auf Seiten des Zweiterwerbers erforderlich .....	47
5.1.5.	Schutz der Verwerterinteressen durch Pflicht zur Unbrauchbarmachung .....	47
5.1.6.	Schutz des Rechteinhabers durch technische Schutzmaßnahmen .....	48
5.1.6.1.	Technische Schutzmaßnahmen in der heutigen Realität .....	48
5.1.6.2.	Schutz technischer Maßnahmen nach geltendem Recht .....	50
5.1.6.3.	Lösungsansätze .....	52
5.1.7.	Schutz der Erwerberinteressen durch Ausschluss der Abdingbarkeit .....	53
5.2.	Formulierungsvorschlag .....	53
6.	Ausländische Vorbilder für „digitale Gebrauchtmärkte“ im Internet .....	55
6.1.	Tom Kabinet .....	55
6.2.	ReDigi .....	55
7.	(Technische) Umsetzungsmöglichkeiten der rechtlichen Vorgaben an den Weiterverkauf .....	57
7.1.	Maßnahmen von Content-Providern .....	58
7.1.1.	Konzept eines Gebrauchtmärktes von Amazon .....	58
7.1.2.	Konzept für ein DRM-System einschließlich Gebrauchtmärktplattform von Sony .....	59
7.1.3.	Wasserzeichen und Rechtereistrierungssysteme .....	60
7.2.	Maßnahmen von Anbietern von Gebrauchtmärkten .....	61
7.2.1.	Sicherungsmaßnahmen bei Tom Kabinet .....	61
7.3.	Der Ansatz von ReDigi .....	62
7.4.	Einordnung und Zwischenfazit .....	64
8.	Bedarf nach einer Weiterveräußerungsmöglichkeit für digitale Güter aus Sicht der Verbraucherinteressen .....	65

8.1.	Erkenntnislage und Erkenntnisgewinn .....	65
8.2.	Plausibilitätserwägungen nach objektiven Faktoren.....	67
9.	Rechtsfolgenabschätzung .....	69
10.	Schlussfolgerungen.....	71



## **1. Einleitende Bemerkungen und Fragestellung**

Die vorliegende Studie untersucht die Weiterveräußerungsfähigkeit von digitalen Kulturgütern, also unkörperlichen Kopien von urheberrechtlich geschützten Werken wie E-Books, Hörbücher, Musik- oder Filmdateien. Sie bezieht sich dabei auf verschiedene Werkarten und Inhaltsformen wie Musik, Film oder Literatur. Insoweit rechtliche oder technische Unterschiede zwischen den einzelnen Inhaltsformen ersichtlich werden, wird hierauf näher eingegangen.

Im nachfolgenden zweiten Abschnitt wird zunächst untersucht, ob und unter welchen Bedingungen unkörperliche Werkexemplare nach geltendem deutschen und europäischen Urheberrecht weiterveräußert werden dürfen, so wie es bei körperlichen Vervielfältigungsstücken ohne Weiteres der Fall ist. In diesem Kontext wird insbesondere auf das Urteil des Europäischen Gerichtshofes im Fall „UsedSoft“ eingegangen. Daneben werden aktuelle Urteile von deutschen und niederländischen Gerichten insbesondere im Anschluss an die „UsedSoft“-Entscheidung analysiert. Neben urheberrechtlichen sind in diesem Zusammenhang auch vertragsrechtliche Aspekte relevant, die deshalb ebenfalls untersucht werden. Sollten urheberrechtliche Weiterveräußerungsbefugnisse nicht durch vertragsrechtliche Regelungen unterstützt werden, kann es zu der Situation kommen, dass Weiterveräußerungen unkörperlicher Werkexemplare zwar urheberrechtlich gestattet wären, diese aber durch die allgemeinen Geschäftsbedingungen von Online-Händlern ausgeschlossen werden. Insoweit wird weiterhin die Frage näher beleuchtet, ob und inwieweit das Recht zur Weiterveräußerung durch technische Schutzmaßnahmen wie Accountbindungen, Wasserzeichen oder sonstige Kopierschutzsysteme unterbunden werden dürfen.

Im Verlauf des zweiten Abschnitts zeigt sich, dass die aktuelle Rechtsprechung nicht von einem generellen, für alle Werkarten geltenden Weiterverkaufsrecht für digitaler Güter ausgeht. Aus diesem Grund befasst sich das dritte Kapitel mit der Frage, welche rechtlichen Maßnahmen ergriffen werden müssten, um eine Gleichstellung digitaler und physischer Kopien von urheberrechtlich geschützten Gütern zu gewährleisten. Dabei wird sowohl auf nationale legislative Initiativen als auch die bislang noch wenig ausgearbeiteten Pläne der EU-Kommission und des Parlaments eingegangen, das europäische Urheberrecht grundlegend zu reformieren. Die bestehenden Ansätze werden analysiert und dargestellt.

Der vierte Abschnitt nimmt anschließend in den Blick, welche technischen Möglichkeiten geschaffen werden müssten, um ein etwaig de lege ferenda entstehendes allgemeines Weiterveräußerungsrecht regelkonform umzusetzen. In diesem Zusammenhang geht es insbesondere um die – vom Europäischen Gerichtshof (EuGH) für die Weiterveräußerung von Computerprogrammen gemachte – Vorgabe, dass der Veräußernde keine nutzbare Kopie zurückbehalten darf, sondern seine Werkexemplare „unbrauchbar“ machen muss. Existierende Ansätze werden dargestellt und auf die genannten Fragen hin untersucht.

# iRIGHTS



*law*

Schließlich geht die Studie auf ausländische Vorbilder für Marktplätze für gebrauchte digitale Güter ein und stellt sie in den Kontext der Untersuchung, insbesondere in Bezug auf ihre Vereinbarkeit mit europäischen Rechtsvorgaben. Daneben wird auch auf die Frage eingegangen, inwiefern eine allgemeine Weiterveräußerungsbefugnis den Wünschen und Bedürfnissen der Konsumenten in Deutschland und der Europäischen Union entspricht.

## **2. Zulässigkeit der Weiterveräußerung nach geltendem Urheber- und Vertragsrecht**

### **2.1. Der Erschöpfungsgrundsatz und die Weiterveräußerung unkörperlicher Werkexemplare nach geltendem Urheberrecht**

Das geltende Urheberrecht bestimmt, dass sich das Verbreitungsrecht an körperlichen Werkexemplaren wie beispielsweise Musik-CDs, Büchern oder Software-CD-ROMs nach dem ersten In-Verkehr-Bringen durch den Rechteinhaber oder mit seiner Zustimmung erschöpft. So bestimmt § 17 Abs. 2 Urheberrechtsgesetz (UrhG):

*Sind das Original oder Vervielfältigungsstücke des Werkes mit Zustimmung des zur Verbreitung Berechtigten im Gebiet der Europäischen Union oder eines Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum im Wege der Veräußerung in Verkehr gebracht worden, so ist ihre Weiterverbreitung mit Ausnahme der Vermietung zulässig.*

§ 69c Nr. 3 UrhG formuliert eine entsprechende Regelung speziell für Vervielfältigungsstücke von Computerprogrammen. Die Folge ist, dass körperliche Werkträger frei handelbar sind, nachdem sie erstmalig im Europäischen Wirtschaftsraum rechtmäßig in den Verkehr gebracht wurden. Gebrauchte Vervielfältigungsstücke dürfen dann also frei weiterveräußert, verschenkt oder verliehen werden – das Recht des Urhebers, die Verbreitung zu kontrollieren oder sogar zu untersagen, ist mit dem ersten In-Verkehr-Bringen erschöpft.<sup>1</sup>

Diese Konstruktion drückt den sogenannten Erschöpfungsgrundsatz aus. Dieser gilt europaweit aufgrund der Vorgabe verschiedener Richtlinien.<sup>2</sup> Der Grundsatz gilt unstrittig für den Handel mit körperlichen Werkexemplaren. Die Frage ist, ob er darüber hinaus auch auf unkörperliche Vervielfältigungsstücke anzuwenden ist. Falls nicht, könnte der Rechteinhaber nach der (unkörperlichen) Erstveräußerung eines Werkexemplars – zum Beispiel eines E-Books – weiterhin über jeden Übertragungsakt verfügen und die nachgelagerten („Gebraucht-“)Märkte nach eigenem Belieben kontrollieren. Auch könnte er die Weiterveräußerung des unkörperlichen Vervielfältigungsstücks vertraglich untersagen, beispielsweise durch eine entsprechende Klausel in den Nutzungsbedingungen (AGB).

Aus dem Wortlaut des § 17 Abs. 2 UrhG lässt sich zunächst entnehmen, dass der Erschöpfungsgrundsatz jedenfalls nicht unmittelbar auf den Handel mit unkörperlichen Vervielfältigungsstücken angewendet werden kann. Der Grund liegt darin, dass der Erschöpfungsgrundsatz sich in zweierlei Hinsicht nur auf das Verbreitungsrecht

---

<sup>1</sup> Vgl. OLG Düsseldorf MMR 2009, 629.

<sup>2</sup> Die Vorgabe ergibt sich aus Art. 9 Abs. 2 der Vermiet- und Verleihrechts-Richtlinie 92/100/EWG, (für verwandte Schutzrechte), Art. 4c der Computerprogramm-Richtlinie 91/250/EWG sowie Art. 4 Abs. 2 der Nachfolge-Richtlinie 2009/24/EG (für Software), und Art. 4 Abs. 2 der InfoSoc-Richtlinie 2001/29/EG (für andere urheberrechtlich geschützte Werke).

bezieht, welches wiederum nur für den Verkehr mit körperlichen Vervielfältigungsstücken Anwendung findet. Die §§ 17 Abs. 2 und 69c Nr. 3 UrhG gelten zum einen nur für Werkexemplare, die *durch Verbreitung* in Verkehr gebracht wurden und zum anderen nur für die *Weiterverbreitung* derselben. Veräußert der Anbieter Werke online und stellt sie zum Download durch die Abnehmer bereit, so handelt es sich schon nicht um eine Erstverbreitung.<sup>3</sup> Vielmehr handelt es sich bei dem Vorgang um eine öffentliche Zugänglichmachung gemäß § 19a UrhG. Genau genommen bringt der Berechtigte die Kopien (Dateien) nicht einmal selbst in den Verkehr. Er stellt vielmehr lediglich die technischen Voraussetzungen bereit, damit sich die Erwerber eine Kopie der Datei erstellen können.

Ein allgemeiner, auch andere Verwertungsrechte wie das Vervielfältigungsrecht oder das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung betreffender Erschöpfungsgrundsatz ist weder im Europarecht vorgesehen, noch wird er von der deutschen Rechtsprechung anerkannt.<sup>4</sup> Für die Rechte der öffentlichen Wiedergabe, zu denen auch das Online-Recht zählt – also das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung –, schließt Art. 3 Abs. 3 der InfoSoc-Richtlinie 2001/29/EG das Erschöpfungsprinzip sogar ausdrücklich aus:

*Die in den Absätzen 1 und 2 bezeichneten Rechte erschöpfen sich nicht mit den in diesem Artikel genannten Handlungen der öffentlichen Wiedergabe oder der Zugänglichmachung für die Öffentlichkeit.*

Demnach wird das Verbreitungsrecht im Verkehr mit unkörperlichen Vervielfältigungsstücken, so zum Beispiel beim Erwerb eines Musikstücks von einem Musik-Downloaddienst, nicht betroffen. Unkörperliche Werkexemplare werden, wie gesagt, gerade nicht im Wege der Verbreitung vertrieben.<sup>5</sup> Aus diesem Grund ist eine unmittelbare Anwendung des derzeit existierenden Erschöpfungsgrundsatzes auf den Verkehr mit online erworbenen unkörperlichen Vervielfältigungsstücken nicht möglich.

## 2.2. Meinungsstreit in der Rechtsliteratur

In der rechtswissenschaftlichen Literatur allerdings befürwortet eine beachtliche Anzahl an Stimmen eine entsprechende Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes für den Fall, dass Nutzer Werkexemplare online erwerben und herunterladen, sie im Anschluss auf einen materiellen Träger, wie beispielsweise einer beschreibbaren CD, speichern und den Träger anschließend veräußern. Dies sei ohne Zustimmung des Rechteinhabers zulässig, da sich hier ausnahmsweise das Verbreitungsrecht erschöpft habe, obgleich das Werkexemplar nicht durch Erstverbreitung in Verkehr

---

<sup>3</sup> Heute wohl allgemeine Meinung, vgl. etwa Fromm/Nordemann-Dustmann, § 17, Rn. 28.

<sup>4</sup> Vgl. BGH GRUR 2001 51, 53 (Parfumflakon); BGH GRUR 2000, 699, 701 (Kabelweitersendung).

<sup>5</sup> Einige vertreten allerdings die Ansicht, dass der Online-Vertrieb unkörperlicher Werkexemplare jedoch auch nicht per *öffentlicher* Zugänglichmachung erfolgt, da hier eine „Eins-zu-eins-Übertragung“ vorgenommen werde; vgl. Schricker/Loewenheim-v. Ungern-Sternberg, § 19a, Rn. 5 f.



gebracht wurde.<sup>6</sup> Teilweise wird dies nur unter der Einschränkung für zulässig erachtet, dass der Veräußerer in diesem Zuge alle bei ihm verbleibenden Kopien dieses Werkes löscht. Einer daraus resultierenden Missbrauchsgefahr könne durch technische Schutzmaßnahmen begegnet werden,<sup>7</sup> die das Zurückhalten oder die gleichzeitige Nutzung „derselben“ Datei durch mehrere Personen verhindern können.

Begründet wird diese Auffassung zumeist mit einem Verweis auf Wertungsaspekte. Denn die Interessenlage sei beim körperlichen und unkörperlichen Handel mit urheberrechtlich geschütztem Material vergleichbar. Es könne insofern keinen Unterschied machen, ob der Rechteinhaber das Werkstück selbst herstellt und dann zum Beispiel per Post verbreitet hat oder ob er dem Erwerber nur die Möglichkeit einräumt, die Herstellung in Form eines Downloads selbst vorzunehmen. In beiden Fällen bestehe ein gleich gelagertes Interesse des Rechtsverkehrs an einer freien Zirkulation des Werkexemplars.<sup>8</sup> Die Interessen der Rechteinhaber würden hierdurch nicht unangemessen beeinträchtigt. Sie könnten hier wie dort ihre wirtschaftlichen Interessen absichern, indem sie die Vergütung für die Erstveräußerung entsprechend ausgestalteten.<sup>9</sup> Es mache für die Urheber daher letztlich überhaupt keinen Unterschied, welche Vertriebsform im Einzelfall gewählt wurde.<sup>10</sup>

Ebenso weit verbreitet ist jedoch die Gegenansicht, die die Analogie mit unterschiedlichen Argumenten ablehnt.<sup>11</sup> Meistens wird die Begründung angebracht, die InfoSoc-Richtlinie 2001/29/EG und darin insbesondere der Erwägungsgrund 29 stünden dem entgegen.<sup>12</sup> Der Erwägungsgrund lautet:

*Die Frage der Erschöpfung stellt sich weder bei Dienstleistungen allgemein noch bei Online-Diensten im Besonderen. Dies gilt auch für materielle Vervielfältigungsstücke eines Werkes oder eines sonstigen Schutzgegenstands, die durch den Nutzer eines solchen Dienstes mit Zustimmung des Rechteinhabers hergestellt worden sind. Dasselbe gilt daher auch für die Vermietung oder den Verleih des Originals oder von Vervielfältigungsstücken eines Werks oder eines sonstigen Schutzgegenstands, bei denen es sich dem Wesen nach um Dienstleistungen handelt. Anders als bei CD-ROM oder CD-I, wo das*

---

<sup>6</sup> Streitig, hierfür Berger, GRUR 2002, 198, 199; Dreier, ZUM 2002, 28, 32; Hoeren MMR 2000, 515, 517; Knies, GRUR Int. 2002, 314 ff. passim; Spindler, GRUR 2002, 105, 110; Kröger, CR 2001, 316, 318; Mäger, CR 1996, 522, 524 ff.; dagegen Jaeger, Der Erschöpfungsgrundsatz im neuen Urheberrecht, in: Hilty, Reto/Peukert, Alexander (Hrsg.), Interessenausgleich im Urheberrecht, 2004, S. 47 ff.

<sup>7</sup> Siehe nur Fromm/Nordemann-Dustmann, Urheberrecht, 11. Auflage 2014, § 19a, Rn 29.

<sup>8</sup> Dreier/Schulze-Dreier, § 19a, Rn. 11.

<sup>9</sup> Wandke-Bullinger-Grützmaker, § 69c, Rn. 31, 36.

<sup>10</sup> Grützmaker, ZUM 2006, 302, 305.

<sup>11</sup> Fromm/Nordemann-Dustmann, § 19a, Rn 29a. So auch z.B. OLG Hamburg, BeckRS 18231 (Half Life 2).

<sup>12</sup> So unter anderem ausdrücklich das LG Berlin in einer Entscheidung, dem eine Klage des vzbv gegen iTunes zugrunde lag. In knapper Begründung verwies es auf Erwägungsgrund 29 der Richtlinie 2001/29/EG, nach dem eine Weiterveräußerung von digitalen Musikdateien ausgeschlossen sei. Eine analoge Anwendung sei gerade nicht möglich, da es an einer Regelungslücke fehle; vgl. MMR 2010, 46, 47; das KG Berlin entschied am 22. September 2011 in der Berufungsinstanz zwar zugunsten des vzbv, ohne jedoch auf die Frage der Weiterveräußerbarkeit einzugehen.

*geistige Eigentum in einem materiellen Träger, das heißt einem Gegenstand, verkörpert ist, ist jede Bereitstellung eines Online-Dienstes im Grunde eine Handlung, die zustimmungsbedürftig ist, wenn das Urheberrecht oder ein verwandtes Schutzrecht dies vorsieht.*

Dem zweiten Satz des Erwägungsgrundes zufolge soll also der Erschöpfungsgrundsatz nicht auf Vervielfältigungsstücke zur Anwendung kommen, die der Nutzer selbst von einer Datei herstellt, die er über einen Online-Dienst heruntergeladen hat. Daraus folge unmittelbar, dass eine entsprechende Anwendung des § 17 Abs. 2 UrhG ausgeschlossen ist. Denn eine Analogie setze eine planwidrige Regelungslücke voraus, und der Erwägungsgrund beweise, dass dieser Punkt durchaus bedacht wurde.<sup>13</sup> Die deutsche Vorschrift sei vielmehr richtlinienkonform auszulegen, eine Erstreckung des Erschöpfungsgrundsatzes sei demnach nicht möglich. Das habe der Unionsgesetzgeber insoweit unmissverständlich zum Ausdruck gebracht.<sup>14</sup> Zudem handele es sich bei dem Erschöpfungsgrundsatz um eine Ausnahmeregelung, die dementsprechend restriktiv ausgelegt werden müsse.<sup>15</sup>

Dieser Interpretation der Richtlinie wird teilweise allerdings entgegengehalten, der Wortlaut von Erwägungsgrund 29 sei insoweit keineswegs eindeutig. Es wird bezweifelt, dass der europäische Gesetzgeber dieses Ergebnis tatsächlich gewollt habe. Dieser könne auch dergestalt ausgelegt werden, dass der Unionsgesetzgeber hiermit lediglich noch einmal zum Ausdruck habe bringen wollen, dass sich das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung nicht erschöpft.<sup>16</sup>

Zusammenfassend kann man festhalten, dass sich die Rechtsliteratur und die instanzgerichtliche Rechtsprechung – jedenfalls vor Erscheinen der EuGH-Entscheidung „UsedSoft“ (hierzu unten, 2.4.2) – höchst uneins über die (entsprechende) Anwendbarkeit des Erschöpfungsgrundsatzes beim Handel mit unkörperlichen Werkexemplaren war.

### **2.3. Unzulässigkeit des vertraglichen Weiterveräußerungsverbots aus anderen Gründen**

Ebenso unsicher ist, ob vertragliche Weiterveräußerungsverbote, v. a. in allgemeinen Geschäftsbedingungen wie Nutzungs- oder Lizenzbedingungen, nach geltendem Recht zulässig und wirksam sind.

---

<sup>13</sup> So auch LG München I MMR 2007, 328.

<sup>14</sup> Jani, Bis zur Erschöpfung? Zur Zulässigkeit des Weiterverkaufs von Dateien gem. Richtlinie 2001/29/EG nach dem Urteil C.128/11 des EuGH (Usedsoft ./ Oracle), in FS Wandtke, Berlin 2013, 331, 337.

<sup>15</sup> LG München I MMR 2007, 328.

<sup>16</sup> Knies, GRUR Int. 2002, 314, 315 f.

Diese Thematik hat der Verfasser bereits an anderer Stelle ausführlich analysiert<sup>17</sup>. Da sich an jener Argumentation und Analyse bis heute nichts grundlegend geändert hat, soll sie hier nicht wiederholt oder vertieft werden.

Kurz zusammengefasst geht es hierbei um die Frage, ob pauschale Weiterveräußerungsverbote in allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sich an Verbraucher richten nach den allgemeinen vertragsrechtlichen Regeln (v. a. im AGB-Recht, § 307 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 BGB) unwirksam sind. Dies könnte der Fall sein, wenn solche Klauseln a) nicht im Einklang mit den urheberrechtlichen Regeln stehen und sie b) den Erwerber eines unkörperlichen Werkexemplars unangemessen benachteiligen.

Stark vereinfacht ausgedrückt spricht einiges dafür, dass solche Klauseln unwirksam und dass die digitale Weiterveräußerung tatsächlich nach geltendem deutschen Recht zulässig ist. Sie verstößt nicht gegen das Urheberrecht, weil das Urheberrecht nicht Veräußerungsvorgänge regelt, sondern bestimmte Nutzungshandlungen, wie die Verbreitung, Vervielfältigung oder öffentliche Zugänglichmachung. Wenn eine Veräußerung nicht mit solchen – dem Rechteinhaber vorbehaltenen – Nutzungshandlungen einhergeht, ist sie urheberrechtlich auch nicht untersagt. Auf die Frage, ob der Erschöpfungsgrundsatz anwendbar ist oder nicht, kommt es dann ebenfalls nicht an.

Vorliegend ist das der Fall, da bei der Weiterveräußerung unkörperlicher Werkexemplare weder eine Verbreitung stattfindet (die nur für die Überlassung körperlicher Vervielfältigungsstücke gilt) noch eine öffentliche Zugänglichmachung. Im Zuge der Weiterveräußerung kommt es vielmehr zu einer Individualübertragung (Punkt-zu-Punkt), die als solche nicht unter die urheberrechtlichen Verwertungsrechte fällt. Die in diesem Zuge zustandekommenden Vervielfältigungen beim Erwerber oder bei der Übertragung auf E-Mail- oder anderen Servern sind durch Schrankenbestimmungen gedeckt.

Wenn das Urheberrecht solche Veräußerungsvorgänge nicht regelt, spricht einiges für die Annahme, dass sie auch vertraglich nicht untersagt werden können<sup>18</sup>.

Wie jedoch nachstehend dargestellt wird, hat die Rechtsprechung diese – zugegeben äußerst komplexen – Zusammenhänge bis heute nicht erkannt oder gar berücksichtigt. Ob die Gerichte dem folgen würden, ist daher unklar, die Rechtslage bleibt undurchsichtig und die Rechtsunsicherheit ist groß.

---

<sup>17</sup> Siehe Kreuzer, Verbraucherschutz bei digitalen Medien, S. 59 ff. ([http://www.vzbv.de/sites/default/files/mediapics/anlage\\_pm\\_digitale\\_medien\\_06\\_2006\\_copy.pdf](http://www.vzbv.de/sites/default/files/mediapics/anlage_pm_digitale_medien_06_2006_copy.pdf)).

<sup>18</sup> Siehe im Einzelnen zur Argumentation wiederum Kreuzer, Verbraucherschutz bei digitalen Medien, S. 59 ff.



## 2.4. Übersicht über die höchstrichterliche und neuere instanzgerichtliche Rechtsprechung nach der EuGH-Entscheidung UsedSoft

Die ersten Gerichtsverfahren in Deutschland, bei denen es um die Frage nach der Anwendbarkeit des Erschöpfungsgrundsatzes auf unkörperliche Werkexemplare ging, betrafen zumeist sogenannte Gebrauchtssoftware. In einer Nischenbranche der Software-Wirtschaft handeln Anbieter mit Software-Lizenzen, die auf der ersten Handelsstufe von Unternehmen in Form von „Volumenlizenzen“ erworben wurden. Hierbei handelt es sich um Lizenzpakete, die dem Lizenznehmer erlauben, das jeweilige Programm auf einer Vielzahl von Computern zu nutzen. Steigen die Lizenznehmer im Laufe der Zeit auf andere Programme um oder haben sie für einen Teil der Lizenzen keine Verwendung mehr, werden die erworbenen Lizenzen ganz oder in Teilen an Gebrauchtssoftwarehändler weiterveräußert. Diese verkaufen sie als „Gebrauchtslizenzen“ ganz oder in Teilen an andere Unternehmen weiter, zu entsprechend geringeren Lizenzgebühren.

Die deutsche Rechtsprechung war diesbezüglich lange Zeit uneinheitlich. Im Jahr 2006 ging das Landgericht (LG) Hamburg von einer analogen Anwendbarkeit des Erschöpfungsgrundsatzes auf die Weiterveräußerung unkörperlicher Werkexemplare aus.<sup>19</sup> Die Oberlandesgerichte München<sup>20</sup> und Frankfurt am Main<sup>21</sup> lehnten diese Auffassung hingegen ab. Das LG München wiederum differenzierte in zwei Entscheidungen nach den Umständen des jeweiligen Einzelfalls.<sup>22</sup> In einem der Fälle, Oracle gegen UsedSoft, entschied das Landgericht am 15. März 2007, dass der Erschöpfungsgrundsatz bei Lizenzen, die nur zum Download von Software berechtigen, weder direkt noch analog anwendbar sei, denn „bei einer online, im Wege des Downloads übertragenen Software handele es sich nicht um ein ‚materielles Vervielfältigungsstück eines Werkes‘. Zweck des Erschöpfungsgrundsatzes sei es nicht, ‚das Werk an sich verkehrsfähig zu machen, sondern die Verkehrsfähigkeit eines im Verkehr befindlichen Werkstücks zu erhalten‘.“<sup>23</sup>

### 2.4.1. Bundesgerichtshof (BGH): Half-Life 2

In einem etwas anders gelagerten Fall ging es um die Weiterveräußerung von Computerspielen, die einer Accountbindung unterlagen. Am 22. Januar 2010 entschied der BGH letztinstanzlich, dass der Erschöpfungsgrundsatz weder direkte noch analoge Anwendung finde, „wenn der Berechtigte das von ihm geschaffene, auf DVD vertriebene Computerspiel so programmiert, dass es erst nach der online erfolgten Zu-

---

<sup>19</sup> MMR 2006, 827.

<sup>20</sup> MMR 2008, 601.

<sup>21</sup> ZUM-RD 2009, 541 (Weiterveräußerung von Echtheitszertifikaten für Computerprogramme).

<sup>22</sup> Siehe MMR 2007, 328 ff. einerseits (Übertragbarkeit der Lizenzen verneint), MMR 2008, 563 ff. andererseits (Übertragbarkeit „im Grundsatz“ bejaht).

<sup>23</sup> Leitsatz 3, abrufbar unter [http://medien-internet-und-recht.de/volltext.php?mir\\_dok\\_id=631](http://medien-internet-und-recht.de/volltext.php?mir_dok_id=631).



weisung einer individuellen Kennung genutzt werden kann, und wenn er sich vertraglich ausbedingt, dass diese Kennung nicht an Dritte weitergegeben werden darf<sup>24</sup>.

In dem Fall ging es um das Computerspiel „Half-Life 2“, das vom Anbieter auf DVD-ROM im Handel vertrieben wurde. Zur Nutzung des Spiels musste ein Online-Account auf der Spiele-Plattform „Steam“ eingerichtet werden, ohne den das Spiel nicht genutzt werden konnte. Im Rahmen der Installation des Spiels auf einem Computer wurde es dem Account zugewiesen und konnte im Anschluss nur noch gespielt werden, nachdem der Nutzer sich in diesen Account eingeloggt hatte. Die allgemeinen Geschäftsbedingungen des Anbieters untersagten zwar nicht die Weiterveräußerung der Spiele-DVD. Die Übertragung des Nutzer-Accounts wurde jedoch ausdrücklich ausgeschlossen, was faktisch eine Weiterveräußerung des Spiels verhinderte, da ein möglicher Zweiterwerber es nicht hätte verwenden können.<sup>25</sup>

Der Kläger, der Verbraucherzentrale Bundesverband (vzbv), argumentierte im Verfahren, durch diese Regelung würde der Erschöpfungsgrundsatz faktisch ausgehebelt, was urheberrechtlichen Grundsätzen widerspreche. Die Klausel, durch die die Übertragung des Accounts ausgeschlossen wurde, sei aus diesem Grund nach AGB-Recht unwirksam. Der BGH folgte dem nicht und begründete dies wiederum mit ähnlichen Argumenten wie zuvor das Münchener Landgericht:<sup>26</sup>

*„Die Rechtsfolge der Erschöpfung soll demnach nur Behinderungen des Warenverkehrs infolge der Ausübung des Verbreitungsrechts begrenzen. Einschränkungen der rechtlichen oder tatsächlichen Verkehrsfähigkeit eines Werkstücks, die sich nicht aus dem Verbreitungsrecht des Urhebers als solchem ergeben, sondern auf anderen Umständen beruhen wie beispielsweise auf der spezifischen Gestaltung des betreffenden Werks oder Werkstücks, berühren den Grundsatz der Erschöpfung des urheberrechtlichen Verbreitungsrechts nicht. Es ist urheberrechtlich unbedenklich, wenn der Urheber sein Werk oder Werkstücke, die sein Werk verkörpern, so gestaltet, dass diese nur auf bestimmte Art und Weise genutzt werden können, und die Weiterveräußerung des Originals des Werks oder von ihm in Verkehr gebrachter Werkstücke durch den Ersterwerber infolge ihrer konkreten Ausgestaltung eingeschränkt ist oder faktisch ganz ausscheidet, weil wegen der beschränkten Nutzungsmöglichkeiten ein nennenswertes Interesse nachfolgender Erwerber nicht besteht.“*

Zwar wies der BGH zuvor ausdrücklich darauf hin, dass sich die von ihm vertretene Argumentation gerade nicht auf solche Fälle bezieht, in denen die Werkexemplare

---

<sup>24</sup> Leitsatz, BGH NJW 2010, 2661 (Half Life 2).

<sup>25</sup> Siehe eingehend Kreuzer, Verbraucherschutz bei digitalen Medien, 2006, 139 ff., [http://www.vzbv.de/mediapics/anlage\\_pm\\_digitale\\_medien\\_06\\_2006\\_copy.pdf](http://www.vzbv.de/mediapics/anlage_pm_digitale_medien_06_2006_copy.pdf).

<sup>26</sup> BGH, a.a.O., S. 2663, Rz. 21.

selbst online bezogen wurden.<sup>27</sup> Dennoch kommt in der zitierten Passage eine allgemeine Wertungsentscheidung zum Ausdruck, die im rein digitalen Handel von Bedeutung ist: Der BGH macht deutlich, dass er dem Interesse des Erwerbers an der Weiterveräußerung wenig Bedeutung beimisst. Der Erschöpfungsgrundsatz schütze nicht die Interessen des Erwerbers, sondern diene lediglich dem Verkehrsschutz mit körperlichen Produkten. Insoweit ist es wiederum auch nur konsequent, dass der BGH letztlich zu dem Schluss gelangte, der Erschöpfungsgrundsatz könne in dem zu entscheidenden Fall nicht herangezogen werden. Denn die Weiterveräußerung der DVD – wenn auch, wie ausgeführt, ohne Wiederverkaufswert für den Ersterwerber – wurde hier durch die Vertragsbestimmungen des Anbieters nicht direkt, sondern nur mittelbar unterbunden.<sup>28</sup>

Die Entscheidung wurde dem EuGH nicht vorgelegt. Ob der BGH die Auffassung, dass der Erschöpfungsgrundsatz keinen Erwerberschutz intendiert bzw. ob vertragliche Weiterveräußerungsverbote unzumutbar in die geschützten Erwerberinteressen eingreifen, nach der UsedSoft-Entscheidung aufrechterhalten würde, ist kaum einzuschätzen. Bislang fehlt es an einer höchstrichterlichen Entscheidung (des BGH, des EuGH) zu diesen Fragen, soweit es nicht um Gebrauchtssoftware geht.

#### **2.4.2. EuGH: UsedSoft**

In der EuGH-Entscheidung UsedSoft aus dem Jahr 2012 wurde erstmals ein Grundsatzurteil über die Weiterveräußerung unkörperlicher Werkexemplare getroffen.

In dieser wird das bereits erwähnte Verfahren Oracle gegen UsedSoft behandelt, über das zunächst die Münchener Gerichte im Instanzenzug entschieden hatten. Sie lehnte eine Anwendbarkeit des Erschöpfungsgrundsatzes ab. Der BGH beschloss sodann in der Revisionsinstanz im Februar 2011, die folgenden entscheidungserheblichen Fragen dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen:<sup>29</sup>

- 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?<sup>30</sup>*
- 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 Zu-*

---

<sup>27</sup> Ebd., Rz. 17.

<sup>28</sup> Siehe ebd., S. 2663, Rz. 22.

<sup>29</sup> BGH, Beschluss vom 3. Februar 2011, Az. I ZR 129/08, abrufbar unter <http://tmd.in/u/1153>.

<sup>30</sup> Der Art. 5 Abs. 1 lautet: „In Ermangelung spezifischer vertraglicher Bestimmungen bedürfen die in Artikel 4 Absatz 1 Buchstaben a und b genannten Handlungen nicht der Zustimmung des Rechteinhabers, wenn sie für eine bestimmungsgemäße Benutzung des Computerprogramms einschließlich der Fehlerberichtigung durch den rechtmäßigen Erwerber notwendig sind.“

Art. 4 Abs. 1 Buchstabe a bestimmt, dass „die dauerhafte oder vorübergehende Vervielfältigung, ganz oder teilweise, eines Computerprogramms mit jedem Mittel und in jeder Form“ der Zustimmung des Rechteinhabers bedürfen.

*stimmung des Rechteinhabers durch Herunterladen des Programms aus dem Internet auf einen Datenträger angefertigt hat?<sup>31</sup>*

*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 Rechteinhabers 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?*

Der EuGH entschied das Vorabentscheidungsverfahren am 3. Juli 2012.<sup>32</sup> Für die Fachwelt einigermaßen überraschend stellte der EuGH hier einige elementare Grundsätze für den Verkehr mit digitalen Gütern auf.

So statuierte das Gericht, dass es sich bei der dauerhaften Überlassung von Computerprogrammen an einen Erwerber nicht um einen Lizenz-, sondern um einen Kaufvertrag handele. Ob die Überlassung der Programmkopie auf einem körperlichen Datenträger wie einer CR-ROM oder per Download von einem Server veräußert wird, sei irrelevant. Damit nicht genug: Der Erwerber eines Werkexemplars – gleich, ob es körperlich oder unkörperlich überlassen wird – werde Eigentümer. Der EuGH führt aus:

*„Nach einer allgemein anerkannten Definition ist „Verkauf“ eine Vereinbarung, nach der eine Person ihre Eigentumsrechte an einem ihr gehörenden körperlichen oder nichtkörperlichen Gegenstand gegen Zahlung eines Entgelts an eine andere Person abtritt. Folglich muss durch das Geschäft, das nach Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2009/24 zu einer Erschöpfung des Rechts auf Verbreitung einer Kopie des Computerprogramms führt, das Eigentum an dieser Kopie übertragen worden sein.*

*Oracle macht geltend, sie verkaufe keine Kopien ihrer im Ausgangsverfahren fraglichen Computerprogramme. Sie stelle ihren Kunden auf ihrer Internetseite gebührenfrei eine Kopie des betreffenden Programms zur Verfügung, die die Kunden herunterladen könnten. Die so heruntergeladene Kopie dürften die Kunden jedoch nur nutzen, wenn sie mit Oracle einen Lizenzvertrag geschlossen hätten. Durch eine solche Lizenz erwürben ihre Kunden ein unbefristetes, nicht ausschließliches und nicht abtretbares Nutzungsrecht am betreffenden Computerprogramm. Weder durch die gebührenfreie Überlassung*

---

<sup>31</sup> Der Art. 4 Abs. 2 lautet: „Mit dem Erstverkauf einer Programmkopie in der Gemeinschaft durch den Rechteinhaber oder mit seiner Zustimmung erschöpft sich in der Gemeinschaft das Recht auf die Verbreitung dieser Kopie; ausgenommen hiervon ist jedoch das Recht auf Kontrolle der Weitervermietung des Programms oder einer Kopie davon.“

<sup>32</sup> EuGH MMR 2012, 586.

*der Kopie noch durch den Abschluss eines Lizenzvertrags werde das Eigentum an dieser Kopie übertragen.*

*Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass das Herunterladen einer Kopie eines Computerprogramms und der Abschluss eines Lizenzvertrags über die Nutzung dieser Kopie ein unteilbares Ganzes bilden. Das Herunterladen einer Kopie eines Computerprogramms wäre nämlich sinnlos, wenn diese Kopie von ihrem Besitzer nicht genutzt werden dürfte. (...)*

*Insoweit spielt es in einer Situation wie der des Ausgangsverfahrens keine Rolle, ob dem Kunden die Kopie des Computerprogramms vom Rechteinhaber über das Herunterladen von dessen Internetseite oder über einen materiellen Datenträger wie eine CD-ROM oder DVD zur Verfügung gestellt wird. Selbst wenn der Rechteinhaber auch in diesem letztgenannten Fall das Recht des Kunden, die Kopie des gelieferten Computerprogramms zu nutzen, formell von dem Geschäft trennt, das darin besteht, die Kopie dieses Programms auf einem materiellen Datenträger an den Kunden zu übertragen, bleiben für den Erwerber (...) das Geschäft, das im Heraufladen einer Kopie des Computerprogramms vom Datenträger besteht, und das Geschäft, das im Abschluss eines Lizenzvertrags besteht, untrennbar miteinander verbunden. Da der Erwerber, der eine Kopie des Computerprogramms von einem materiellen Datenträger wie einer CD-ROM oder DVD herauflädt und für diese Kopie einen entsprechenden Lizenzvertrag schließt, das Recht erhält, sie gegen Zahlung eines Entgelts unbefristet zu nutzen, ist davon auszugehen, dass durch diese beiden Geschäfte, wenn eine Kopie des betreffenden Computerprogramms auf einem materiellen Datenträger wie einer CD-ROM oder DVD zur Verfügung gestellt wird, ebenfalls das Eigentum an dieser Kopie übertragen wird.<sup>33</sup>*

Die Gesamtbetrachtung der Vorgänge Download der Software und Abschluss des Lizenzvertrages führen hiernach also zu der Schlussfolgerung, dass ein Verkauf der Software erfolgt. Ob der Hersteller die Geschäfte formell voneinander trennt und wie er sie bezeichnet, spielt für die Bewertung keine Rolle. Der Ersterwerber werde Eigentümer seiner Kopie des Computerprogramms, wenn ihm die Datei dauerhaft überlassen wird, also nicht lediglich vermietet, verliehen oder sonst zur zeitlich begrenzten Nutzung zur Verfügung gestellt wird.<sup>34</sup>

Auf Basis dieser Grundprinzipien entschied der EuGH im Weiteren folgerichtig, dass sich der urheberrechtliche Erschöpfungsgrundsatz aus Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2009/24/EG nicht nur auf verkörperte Werke beziehe, sondern auch auf von einem Server heruntergeladene Computerprogramme. Ob der oben bereits zitierte Erwä-

---

<sup>33</sup> EuGH, a.a.O., Rz. 42-47.

<sup>34</sup> Kreuzer, EuGH-Urteil zu Gebrauchtssoftware: Eine revolutionäre Entscheidung für die Informationsgesellschaft, iRights.info, 4. Juli 2012, <http://irights.info/artikel/eugh-urteil-zu-gebrauchtssoftware-eine-revolutionre-entscheidung-fr-die-informationsgesellschaft/7239>.



gungsgrundsatz 29 der InfoSoc-Richtlinie einer solchen Auslegung entgegenstehen könnte, sei unbeachtlich. Denn vorliegend gelten ausschließlich die Bestimmungen der Computerprogramm-Richtlinie 2009/24/EG, die insofern *lex specialis* sei.

Nach der Computerprogramm-Richtlinie könne für den Erschöpfungsgrundsatz kein Unterschied zwischen Programmkopien in körperlicher und unkörperlicher Form gemacht werden:

*„Die Bestimmungen der Richtlinie 2009/24, insbesondere Art. 4 Abs. 2, sind somit im Verhältnis zu den Bestimmungen der Richtlinie 2001/29 leges speciales, so dass der „Erstverkauf einer Programmkopie“ im Sinne von Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2009/24 nach dieser Bestimmung auch dann die Erschöpfung des Rechts auf Verbreitung dieser Kopie bewirkt, wenn die im Ausgangsverfahren fragliche Vertragsbeziehung oder einer ihrer Aspekte auch unter den Begriff „öffentliche Zugänglichmachung“ im Sinne von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 fallen sollte.“<sup>35</sup>*

Ob diese Einschätzung auch für andere Werke als Computerprogramme gelte, ließ der EuGH ausdrücklich offen. Er stellt jedoch fest<sup>36</sup>:

*„Zwar müssen die in den Richtlinien 2001/29 und 2009/24 verwendeten Begriffe grundsätzlich dieselbe Bedeutung haben (...). Doch selbst wenn sich aus Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2001/29 in seiner Auslegung im Licht der Erwägungsgründe 28 und 29 der Richtlinie (...) ergäbe, dass die Erschöpfung des Verbreitungsrechts bei den unter diese Richtlinie fallenden Werken nur materielle Güter beträfe, ließe dies die Auslegung von Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2009/24 unberührt, da der Unionsgesetzgeber im konkreten Kontext dieser Richtlinie einen anderen Willen zum Ausdruck gebracht hat.“*

Im Weiteren führt das Gericht aus, dass der körperliche und unkörperliche Vertrieb von Computerprogrammen in wirtschaftlicher Hinsicht vergleichbar seien.<sup>37</sup> Auch diese Argumentation ist in weiten Teilen so grundlegend, dass ihr Hinweis auf die Beurteilung der Frage in Bezug auf andere Werkarten entnommen werden können.

So entspreche die Onlineübertragung funktionell der Aushändigung eines materiellen Datenträgers. Daher spreche der Gleichbehandlungsgrundsatz dafür, dass beide Fälle nicht unterschiedlich behandelt werden könnten. Der Erschöpfungsgrundsatz solle verhindern, dass der Urheberrechtsinhaber jede weitere Veräußerung kontrollieren könne. Damit verhindere er eine Abschottung von Märkten. Könnte der Rechteinhaber jede weitere Übertragung steuern und hierfür ein Entgelt verlangen, wären Wiederverkäufe erheblich eingeschränkt. Dies „ginge über das zur Wahrung des spezifischen Gegenstands des fraglichen geistigen Eigentums Erforderliche hinaus“.

---

<sup>35</sup> EuGH, a.a.O., Rz. 51.

<sup>36</sup> EuGH, Rz. 60.

<sup>37</sup> Ebd., Rz. 61.

Mit dem Urteil hat der EuGH demnach klargestellt, dass es jedenfalls nicht von vornherein ausgeschlossen ist, den Erschöpfungsgrundsatz auch auf unkörperliche Werkexemplare anzuwenden. Sobald ein Computerprogramm mit Zustimmung des Rechteinhabers verkauft und somit in Verkehr gebracht wurde, sind weitere Veräußerungen zulässig. Macht der Ersterwerber seine eigenen Kopien in diesem Zuge „unbrauchbar“, wird der Zweiterwerber zum rechtmäßigen Benutzer und darf die Kopie installieren und nutzen, ohne hierfür eine Lizenz vom Rechteinhaber zu benötigen<sup>38</sup>.

Ob diese Entscheidung auf andere Werkarten übertragen werden kann, ist seither Gegenstand von Diskussionen<sup>39</sup>. Eine einheitliche Linie der Rechtsliteratur ist nicht zu erkennen. Auch die nach der UsedSoft-Entscheidung ergangene Rechtsprechung im In- und Ausland ist bislang uneinheitlich.

#### **2.4.3. Oberlandesgericht (OLG) Hamm: Weiterverkauf gebrauchter Hörbücher auf eBay**

In Deutschland hatte das OLG Hamm am 15. Mai 2014 zuerst die Gelegenheit, sich mit den Folgen des EuGH-Urteils zum Fall UsedSoft in Bezug auf andere digitale Güter auseinanderzusetzen.<sup>40</sup> In dem Fall, dessen vorinstanzliche Entscheidung vor dem LG Bielefeld bereits viel Beachtung gefunden hatte,<sup>41</sup> ging es um die Frage, ob ein E-Book-Händler den Weiterverkauf von E-Books und Hörbüchern in seinen Nutzungsbedingungen vertraglich verbieten darf.

Die strittige Klausel § 10 Abs. 3 in den allgemeinen Geschäftsbedingungen des Händlers lautet:

*Im Rahmen dieses Angebots erwirbt der Kunde das einfache, nicht übertragbare Recht, die angebotenen Titel zum ausschließlichen persönlichen Gebrauch gemäß Urheberrechtsgesetz in der jeweils angebotenen Art und Weise zu nutzen. Es ist nicht gestattet, die Downloads in irgendeiner Weise inhaltlich und redaktionell zu ändern oder geänderte Versionen zu benutzen, sie für Dritte zu kopieren, öffentlich zugänglich zu machen bzw. weiterzuleiten, im Internet oder in andere Netzwerke entgeltlich oder unentgeltlich einzustellen, sie nachzuahmen, weiterzuverkaufen oder für kommerzielle Zwecke zu nutzen.*

Nach Ansicht des Gerichts ist diese Bestimmung zulässig und hält der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB stand. Der Käufer eines E-Books werde durch sie nicht im Sinne

---

<sup>38</sup> Siehe hierzu Urteil, Rz. 70 und 80.

<sup>39</sup> Siehe hierzu unten, Punkt 2.5.

<sup>40</sup> OLG Hamm GRUR 2014, 853.

<sup>41</sup> Siehe Pachali, Gericht: E-Book-Shop darf Weiterverkauf untersagen und Privatkopie einschränken, iRights.info, 19. April 2013, <http://irights.info/artikel/urteil-ebook-shop-darf-weiterverkauf-untersagen-und-privatkopie-einschranken/14062>.

des § 307 Abs. 1 Nr. 1 BGB unangemessen benachteiligt.<sup>42</sup> Das folge schon daraus, dass der Erschöpfungsgrundsatz nach § 17 Abs. 2 UrhG auf digitale Güter nicht anwendbar sei.<sup>43</sup> Auch eine analoge Anwendung sei ausgeschlossen, da „weder eine systemwidrige Gesetzeslücke [vorliege] noch [...] die Interessenlage eines Verbrauchers, der eine Multimedia-Datei (wie ein E-Book oder ein Hörbuch) in verkörperter Form auf einem Datenträger erwirbt mit derjenigen eines Kunden, der von der Möglichkeit zum Herunterladen eines Hörbuchs über einen Internet-Link Gebrauch macht, vergleichbar“ sei.<sup>44</sup> Es fehle an der Notwendigkeit, die Verkehrsfähigkeit digitaler Güter in gleicher Weise wie die verkörperter Werkstücke schützen zu müssen, da beim Bereithalten von Audio-Dateien zum Download keine Substanzverschiebung stattfinde.<sup>45</sup>

Insbesondere sei die EuGH-Entscheidung im Fall UsedSoft nicht auf den Handel mit anderen digitalen Medien übertragbar:

*Nichts anderes besagt im Ergebnis die jüngere Rechtsprechung des EuGH und ihm folgend der BGH. Diese bezog sich auf Computersoftware und damit nicht auf Multimediadateien oder speziell Hörbücher. Auf diese digitalen Produkte lassen sich die für Software geltenden Grundsätze nicht übertragen. Der EuGH hat auch nicht ausgesprochen, dass der Erschöpfungsgrundsatz des § 17 Abs. 2 UrhG für Computerprogramme gelte, die im Wege des Herunterladens aus dem Internet erworben wurden.*<sup>46</sup>

Die Gleichbehandlung von verkörperter und unkörperlicher Software habe der Gesetzgeber „bewusst und gewollt nicht für alle digitalen Produkte generalisiert“.<sup>47</sup> Beachtlich ist, dass das OLG die Entscheidung des EuGH dahingehend interpretiert, Erschöpfung könne bei dem Erstverkauf von Computerprogrammen mittels Download von einem Server überhaupt nur deshalb eintreten, weil in diesem speziellen Fall aufgrund der Richtlinie 2009/24/EG beim Softwarekauf auf diese Weise eine Eigentumsübertragung eintrete. Ein solcher Übergang des Eigentums sei aber nur bei Software möglich, nicht bei anderen unkörperlichen Werkstücken.<sup>48</sup> Der Erwerber eines unkörperlichen E-Books oder Hörbuchs erwerbe dagegen kein Eigentum. Das folge schon daraus, dass er selbst beim Kauf einer CD oder eines Buchs nur Eigentum an dem Gegenstand, nicht aber dessen Inhalt erhalte:

---

<sup>42</sup> OLG Hamm, a.a.O., Rz. 42.

<sup>43</sup> Ebd., Rz. 52.

<sup>44</sup> Ebd., Rz. 104.

<sup>45</sup> Ebd., Rz. 122.

<sup>46</sup> Ebd., Rz. 124.

<sup>47</sup> Ebd., Rz. 142.

<sup>48</sup> Ebd., Rz. 146 f.

*„Unabhängig davon, dass gerade beim Erwerb von digitalen Dateien der verschiedenen Typen (Computersoftware, Datenbanken, Multimediadateien) auf den verschiedenen in Betracht kommenden Übertragungswegen (durch Übergabe eines Datenträgers, durch aktives Kopieren auf ein anderes Speicherungsgerät innerhalb von Netzwerken, durch Herunterladen ganzer Dateien im Internet oder gar, soweit das sinnvoll ist, "gestreamt") die vertragstypologische Einordnung des dem zugrundeliegenden Vertrages ungeachtet der o.a. jüngeren Entscheidungen des BGH und des EuGH zum Spezialfall Computersoftware noch weitgehend ungeklärt sind (...) wäre eine Erwartung, die auf eine eigentümerähnliche Stellung an dem Werk gerichtet wäre, jedenfalls nicht schützenswert. Denn eine solche Erwartung ist nicht einmal begründet, soweit Multimedia-Dateien, also auch Hörbücher, in verkörperter Form vertrieben werden. Hier erwirbt der Käufer zwar in Erfüllung eines Kaufvertrags das uneingeschränkte Eigentum am Datenträger, nicht indessen an der darin verkörperten Werkkopie. Das Urheberrecht als solches ist ohnehin nicht verkehrsfähig. Ein Käufer erwirbt das an das Eigentum am Datenträger geknüpfte Recht zur Nutzung des Werks innerhalb der Grenzen des UrhG und mit der Konsequenz, dass ihm wegen § 17 Abs. 2 UrhG das Recht zusteht, das im Datenträger verkörperte Nutzungsrecht mit dessen Übereignung an Dritte weitergeben zu können.*

*Schon bei dem Erwerb von auf Datenträgern verkörperten digitalen Produkten ist es also zweifelhaft, ob die Möglichkeit der Weitergabe des Nutzungsrechts Vertragszweck oder eher Reflex der der Verkehrssicherheit geschuldeten Erschöpfung des Verbreitungsrechts bei Inverkehrbringen verkörperter Vervielfältigungsstücke ist.<sup>49</sup>*

Insgesamt sei der § 10 Abs. 3 der Nutzungsbedingungen des Händlers aus den genannten Erwägungen also nur deklaratorisch, er beschreibe lediglich die Rechte und Pflichten des Erwerbers eines E-Books entsprechend den Regelungen des Urheberrechts.<sup>50</sup>

Mit dem Urteil hat sich das OLG Hamm ausdrücklich und deutlich dagegen ausgesprochen, die vom EuGH gefundenen Wertungen auf digitale Werkstücke allgemein zu übertragen. Im Ergebnis entspricht das Urteil einer früheren Entscheidung des OLG Stuttgart, auf die sich das OLG Hamm auch verschiedentlich beruft<sup>51</sup>. Die Ent-

---

<sup>49</sup> Ebd., Rz. 152 f.

<sup>50</sup> Ebd., Rz. 160.

<sup>51</sup> OLG Stuttgart, Urteil .v. 3.11.2011, Az. 2 U 49/11, CR 2012, 299-303 (rechtskräftig). Zum gleichen Ergebnis kam auch das LG Stuttgart in der ersten Instanz (Urteil v. 14.04.2011, Az. 17 O 513/10, K&R 2011, 529) und das LG Hamburg (Urteil .v. 20.09.2011; Az. 312 O 414/10, K&R 2012, 297-299). Zur Berufungsentscheidung des OLG Hamburg siehe unten, Punkt 2.4.5).

scheidung ist rechtskräftig, der Fall wird nicht in Revision vor dem BGH verhandelt werden.<sup>52</sup>

#### **2.4.4. Bezirksgericht Amsterdam: Nederlands Uitgeversverbond & Groep Algemene Uitgevers ./ Tom Kabinet**

Grundlegend andere Schlüsse aus der EuGH-Entscheidung zu UsedSoft zog am 21. Juli 2014 hingegen das Bezirksgericht (niederländisch „Rechtbank“) Amsterdam im Fall Tom Kabinet.<sup>53</sup> Hier hatten niederländische Verlegerverbände die Online-Plattform Tom Kabinet auf Unterlassung verklagt. Die Webseite von Tom Kabinet war als erstes europäisches Angebot dieser Art im Frühsommer 2014 online gegangen.<sup>54</sup> Das Geschäftsmodell verstand sich als Marktplatz für den Handel mit gebrauchten E-Books zwischen Privatpersonen.<sup>55</sup>

Im Rechtsstreit berief sich Tom Kabinet auf das UsedSoft-Urteil und begründete hiermit berechtigt zu sein, einen solchen Dienst anzubieten. Die holländischen Verleger beriefen sich dagegen auf die Entscheidung des LG Bielefeld aus dem Jahr 2013, in dem eine Anwendbarkeit der EuGH-Rechtsprechung ebenso abgelehnt wurde wie in der nachfolgenden Berufungsinstanz beim OLG Hamm (s. o.). Vorgebracht wurden zudem wirtschaftliche Argumente. E-Books und Bücher seien aufgrund von Unterschieden in Aufmachung, Präsentation oder Haltbarkeit auch in tatsächlicher Hinsicht nicht vergleichbar.<sup>56</sup> Schließlich verletze die Plattform Urheberrechte, weil alle gehandelten E-Books auf den Servern des Unternehmens gespeichert würden. Damit würden sowohl beim Hochladen einer Datei durch den (potenziellen) Verkäufer eines Buchs als auch beim Herunterladen durch den Käufer in das Recht zur Vervielfältigung in nicht gerechtfertigter Weise eingegriffen. Auch bezüglich dieses Aspektes sei der Fall nicht mit UsedSoft zu vergleichen, da hier die Software selbst von der Webseite von Oracle heruntergeladen werde und das Unternehmen UsedSoft selbst nur die Lizenz zur Nutzung übertrage.<sup>57</sup>

Tom Kabinet führte weitergehend aus, man würde mit technischen Mitteln sicherstellen, dass kein E-Book zweimal vom selben Nutzer auf den Server hochgeladen werden könne. Zudem würde jede Datei mit einem Wasserzeichen versehen, was

---

<sup>52</sup> Vgl. Steinhilber, Weiterverkauf von E-Books: Niederlage für Verbraucherschützer, Situation bleibt unklar, iRights.info, 3. September 2014, <http://irights.info/artikel/weiterverkauf-von-ebooks-niederlage-fuer-verbraucherschuetzer-doch-lage-weiter-unklar/23895>.

<sup>53</sup> Abrufbar unter <http://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBAMS:2014:4360>.

<sup>54</sup> <http://www.tomkabinet.nl/>; das Unternehmen und sein Geschäftsmodell werden unten im Detail dargestellt.

<sup>55</sup> Siehe Haupt, Verkauf gebrauchter E-Books legal, sagt holländisches Gericht, lesen.net, 25. Juli 2014, <http://www.lesen.net/ebook-news/verkauf-gebrauchter-e-books-legal-sagt-hollaendisches-gericht-13132/>.

<sup>56</sup> Vgl. Olmedo Cuevas, Dutch copyright succumbs to aging as exhaustion extends to e-books, JIPLP, 28. Oktober 2014, <http://jiplp.blogspot.de/2014/10/dutch-copyright-succumbs-to-aging-as.html>.

<sup>57</sup> Siehe Olmedo Cuevas, ebd. In der Tat liegt hierin eine Besonderheit des UsedSoft-Falles. Dort hat der Gebrauchtssoftware-Händler keine Kopien der Computerprogramme an die Zweiterwerber übertragen, weil dies gar nicht notwendig war. Zweiterwerber konnten die streitgegenständlichen Computerprogramme vielmehr frei von der Webseite des Herstellers herunterladen.

illegale Verkäufe jedenfalls über die Seite von Tom Kabinet effektive verhindern würde. Darüber hinaus wies das Unternehmen den Vorwurf der Verbände zurück, durch die Vorgänge des Hoch- und Herunterladens würden die Vervielfältigungsrechte der Rechteinhaber verletzt.<sup>58</sup>

Das Amsterdamer Gericht wies den Antrag der Verlegerverbände auf einstweiligen Rechtsschutz zurück. Tom Kabinet durfte mithin online bleiben. Zur Begründung führte das Gericht an, die Entscheidung des EuGH sei jedenfalls nicht eindeutig genug, um aus ihr ohne Zweifel die Nichtübertragbarkeit der gefundenen Grundsätze für den Verkauf von Software auf den Handel mit anderen digitalen Gütern abzuleiten. Da das europäische Gericht sich nicht dazu geäußert habe, wie weit der Inhalt der UsedSoft-Entscheidung tatsächlich reichen würde, könne keine definitive Antwort gegeben werden, solange der EuGH nicht erneut zu der spezifischen Frage ein Urteil fälle.<sup>59</sup>

Besonderes Gewicht legte das niederländische Gericht bei seiner Entscheidungsbeurteilung auf den Abschnitt des EuGH-Urteils, in dem der Gerichtshof ausgeführt hatte, „dass der Zweck des Grundsatzes der Erschöpfung des Rechts auf Verbreitung urheberrechtlich geschützter Werke darin besteht, die Einschränkungen der Verbreitung dieser Werke auf das zum Schutz des spezifischen Gegenstands des betreffenden geistigen Eigentums Erforderliche zu begrenzen, um so eine Abschottung der Märkte zu vermeiden“.<sup>60</sup> Gerade weil Tom Kabinet Maßnahmen treffe, um sicherzustellen, dass keine raubkopierten Dateien zum Kauf angeboten werden, sei das Geschäftsmodell des Unternehmens mit dem Grundsatz des Schutzes des geistigen Eigentums an den gehandelten Werken zu vereinbaren. Ein Verbot würde daher über das Erforderliche hinausgehen.<sup>61</sup>

Am 20. Januar 2015 entschied das Amsterdamer Berufungsgericht (niederländisch „Gerechtshof“), dass Tom Kabinet entweder vorübergehend schließt oder pro Tag 1.000 Euro Bußgeld zahlen muss.<sup>62</sup> Als Grund für die Entscheidung nannte das Gericht den Umstand, dass das Unternehmen keine hinreichenden Maßnahmen getroffen habe, um effektiv auszuschließen, dass über die Plattform raubkopierte E-Books veräußert werden.<sup>63</sup> Zugleich aber wurde die erstinstanzliche Entscheidung des Amsterdamer Bezirksgericht dem Grundsatz nach bestätigt: Das Geschäftsmodell von Tom Kabinett sei vom Prinzip her legal, jedenfalls solange der EuGH oder ein ande-

---

<sup>58</sup> Siehe Olmedo Cuevas, ebd.

<sup>59</sup> Meyer, Secondhand ebookstore Tom Kabinet can stay online, Dutch court rules, Gigaom, 22. Juli 2014, <https://gigaom.com/2014/07/22/secondhand-ebook-store-tom-kabinet-can-stay-online-dutch-court-rules/>.

<sup>60</sup> EuGH, a.a.O., Rz. 62.

<sup>61</sup> Olmedo Cuevas, a.a.O.

<sup>62</sup> Abrufbar unter <http://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:GHAMS:2015:66>.

<sup>63</sup> Meyer, Secondhand ebook outfit Tom Kabinet races to purge illegal wares, Gigaom, 21. Januar 2015, <https://gigaom.com/2015/01/21/secondhand-ebook-outfit-tom-kabinet-races-to-purge-illegal-wares/>.

res höchstes Gericht nicht das Gegenteil entscheide.<sup>64</sup> Zum Zeitpunkt des Verfassens der vorliegenden Studie war die Webseite von Tom Kabinet wieder online.

#### **2.4.5. Hanseatisches OLG: Weiterveräußerungsverbot in AGB für digitale Güter**

In der jüngsten Entscheidung eines deutschen Gerichts in diesem Kontext ging es erneut um Frage, ob Weiterveräußerungsverbote für digitale Güter in AGB zulässig sind. Es handelt sich um einen Beschluss des Hanseatischen OLG vom 24. März 2015.<sup>65</sup> Im Ausgangsverfahren hatte der Verbraucherzentrale Bundesverband gegen die allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Online-Buchhändlers geklagt, die die Weiterveräußerung von digitalen Hörbüchern und E-Books untersagen. Schon das erstinstanzliche LG Hamburg hatte die entsprechende Klausel als zulässig erachtet. Das OLG wiederum nahm die Berufung mangels Erfolgsaussichten schon gar nicht erst zur Entscheidung an. Interessant an der Entscheidung ist, dass der vzbv unter anderem mit einem Verweis auf die Entscheidung des Amsterdamer Bezirksgerichts im Fall Tom Kabinet argumentiert hatte, was das Gericht jedoch nicht überzeugen konnte:

*Soweit sich der Kläger auf eine als Anlage zum Schriftsatz vom 10.01.2015 beigefügte Entscheidung des Landgerichts Amsterdam vom 21.07.2014 stützt, ist diese zum einen durch die Entscheidung des Amsterdamer Berufungsgerichts zwischenzeitlich überholt und entfaltet zum anderen im Rahmen der Frage der Auslegung hiesigen Rechts (hier des Erschöpfungsgrundsatzes gem. § 17 Abs. 2 UrhG) ohnehin keine Bindungswirkung.*

Das OLG sah zudem keinen Anlass, dem EuGH Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen. Insoweit führte es aus:

*„Soweit der Kläger mit seinen ergänzenden Ausführungen erneut meint, der Erschöpfungsgrundsatz aus § 17 Abs. 2 UrhG müsse auch beim Online-Download Anwendung finden, betrifft dies die Auslegung innerdeutschen Rechts. Hierzu ist der EuGH im Rahmen des Art. 267 AEUV gerade nicht berufen. Im Übrigen ist in diesem Zusammenhang darauf zu verweisen, dass hinsichtlich der richtigen Auslegung von § 17 Abs. 2 UrhG vorliegend keine Zweifel bestehen. Wortlaut und Zweck der einschlägigen unionsrechtlichen Richtlinien ermöglichen hier eine zweifelsfrei richtlinienkonforme Auslegung. Wegen der Einzelheiten wird auf Seite 4 unten bis Seite 7 oben des Beschlusses des Senats vom 04.12.2014 verwiesen.*

---

<sup>64</sup> Feitelijk verbod website Tom Kabinet, Pressemitteilung, 20. Januar 2015, <https://www.rechtspraak.nl/Organisatie/Gerechtshoven/Amsterdam/Nieuws/Pages/Feitelijk-verbod-website-Tom-Kabinet.aspx>.

<sup>65</sup> HansOLG ZUM 2015, 503.

*Wie die Formulierung in Art. 4 Abs. 2 und Erwägungsgrund Nr. 29 der RL 2001/29/EG verdeutlichen, ist die Frage, ob der Erschöpfungsgrundsatz auf Online-Dienste Anwendung findet, eindeutig zu verneinen, so dass hier offenkundig kein Zweifel an der Auslegung des Unionsrechts besteht und eine Vorlagepflicht daher nicht gegeben ist."*

Die sehr knappe Begründung des Gerichts scheint damit eine zumindest in Deutschland für den Moment eindeutige Rechtslage zu implizieren<sup>66</sup>. Die UsedSoft-Entscheidung des EuGH hat nach Auffassung des Senats keine Relevanz für die Frage nach der Weiterveräußerungsfähigkeit von digitalen Kulturgütern wie Musikdateien oder E-Books. Insoweit die allgemeinen Geschäftsbedingungen von Online-Händlern die Weiterveräußerung untersagen, sind sie nicht zu beanstanden.

#### 2.4.6. Weitere Verfahren

##### **EuGH: Art & Allposters International BV vs. Stichting Pictoright**

Am 22. Januar 2015 entschied der EUGH im Rechtsstreit zwischen Art & Allposters International BV und der niederländischen Verwertungsgesellschaft Stichting Pictoright.<sup>67</sup> In seinem Urteil entschied das Gericht, dass Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2001/29/EG dahingehend auszulegen ist, dass der Erschöpfungsgrundsatz nicht anwendbar ist, wenn das Trägermedium einer in der Europäischen Union mit Zustimmung des Rechteinhabers in Verkehr gebrachten Reproduktion eines geschützten Werks ersetzt und in der neuen Form erneut in Verkehr gebracht wurde.<sup>68</sup> Konkret ging es darum, dass Allposters Papierposter erworben und auf Leinwände kopiert hatte. Diese Leinwände hat das Unternehmen dann verkauft.

Ob dieser Entscheidung weitere Hinweise darauf entnommen werden können, dass sich der Erschöpfungsgrundsatz der InfoSoc-Richtlinie von dem der Computerprogramm-Richtlinie unterscheidet, ist unklar.

Manche Stimmen entnehmen dem Urteil, dass der EuGH implizit zum Ausdruck bringt, dass sich der Erschöpfungsgrundsatz in der InfoSoc-Richtlinie nur auf körperliche Güter (*tangible objects*) beziehe. Der EuGH deute damit an, dass diese Regelung auf unkörperliche Kopien – anders als der Erschöpfungsgrundsatz für Software

---

<sup>66</sup> Ausführlicher ist der Beschluss des Gerichts vom 4.12.2014, auf den dort verwiesen wird. Hierin wird im Wesentlichen mit der Begründung der Entscheidung des OLG Hamm und Stuttgart argumentiert. Siehe <http://www.rechtsprechung-hamburg.de/jportal/portal/page/bshaprod.psml?feed=bshar&st=ent&showdoccase=1&paramfromHL=true&doc.id=KORE213732015>. Das OLG Hamburg resümiert hier: „Aus der Entscheidung des EuGH kann daher nicht hergeleitet werden, dass ein eigentumsähnliches umfassendes Nutzungsrecht an per Download aus dem Internet erworbenen Audiodateien zu verschaffen ist und eine Beschränkung der Nutzungsbe-fugnisse zum persönlichen Gebrauch, wie § 5.1 der AGB es vorsieht, gegen gesetzliche Wertungen verstoßen würde.“

<sup>67</sup> EuGH GRUR 2015, 256.

<sup>68</sup> Vgl. Institut für Urheber- und Medienrecht, EuGH: Der Erschöpfungsgrundsatz ist auf die Verbreitung einer Reproduktion des Werks auf anderem Werkträger nicht anwendbar, 26. Januar 2015, <http://www.urheberrecht.org/news/5350/>.



nach der UsedSoft-Entscheidung – nicht anwendbar sei<sup>69</sup>. Dies wird insbesondere aus der Formulierung in Rz. 40 des Urteils gefolgert:

*„Daher ist festzustellen, dass die Erschöpfung des Verbreitungsrechts auf den ein geschütztes Werk oder dessen Vervielfältigungsstück verkörpernden **Gegenstand** Anwendung findet, wenn er mit Zustimmung des Urheberrecht sinhabers in Verkehr gebracht wurde.“<sup>70</sup>*

Ob diese Interpretation zutrifft, ist zumindest zweifelhaft. Der Umstand, dass sich der EuGH in Allposters nur mit der Erschöpfung des Verbreitungsrechts an körperlichen Gegenständen beschäftigt hat, liegt daran, dass nur diese Frage Gegenstand des Rechtsstreits war. Präziser ausgedrückt, hatte der EuGH hier vorrangig zu klären, was eine (1) Kopie/ein Gegenstand ist, an dem sich das Verbreitungsrecht erschöpfen kann<sup>71</sup>. Hieraus zu schließen, dass eine Erschöpfung nur bei körperlichen Werkstücken infrage komme – obwohl der EuGH sich hierzu nicht geäußert hat –, erscheint spekulativ. Zutreffend dürfte sein, dass die Frage nach der „digitalen Erschöpfung“ solange ungeklärt bleibt, bis sich der EuGH hiermit dezidiert auseinandersetzt<sup>72</sup>.

## **Bezirksgericht Den Haag: Vereniging Openbare Bibliotheken vs. Stichting Leenrecht**

In einem weiteren Fall, der vor niederländischen Gerichten seinen Anfang nahm, wurden dem EuGH am 17. April 2015 vom Bezirksgericht Den Haag im Fall Vereniging Openbare Bibliotheken gegen Stichting Leenrecht schließlich die folgenden Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:<sup>73</sup>

*1. Sind die Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 Buchst. b und 6 Abs. 1 der Richtlinie 2006/115 [Vermiet- und Verleihrrechts-Richtlinie, Anm. des Verf.] dahin auszulegen, dass unter „Verleihen“ im Sinne dieser Vorschriften auch die Gebrauchsüberlassung urheberrechtlich geschützter Romane, Erzählungssammlungen, Biografien, Reiseberichte, Kinderbücher und Jugendliteratur zu verstehen ist, die nicht einem unmittelbaren oder mittelbaren wirtschaftlichen oder kommerziellen Nutzen dient und über eine der Öffentlichkeit zugängliche Einrichtung vorgenommen wird,*

---

<sup>69</sup> Vgl. Tom Otha, Exhaustion of rights (first sale doctrine): what are the broader implications of the CJEU's ruling in Art & Allposters?, 30. Januar 2015, <http://ipkitten.blogspot.de/2015/01/exhaustion-of-rights-first-sale.html>. Gleicher Ansicht Kristina Ehle, EU Copyright: No Resale of Digital Content Except for Software?,

<sup>70</sup> In der englischen Fassung ist von *tangible object* die Rede: „Accordingly, it should be found that **exhaustion of the distribution right applies to the tangible object** into which a protected work or its copy is incorporated if it has been placed onto the market with the copyright holder's consent.“

<sup>71</sup> Die genaue Frage war, ob es sich bei der Leinwand, auf die ein im Handel erworbenes Poster transferiert wurde, um denselben Gegenstand, dieselbe Werkkopie, handelt, wie bei dem Poster.

<sup>72</sup> Zu dieser Schlussfolgerung kommt letztlich auch Tom Otha in seiner in Fn. 69 referenzierten Analyse.

<sup>73</sup> <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=164990&pageIndex=0&doclang=DE&mode=doc&dir=&occ=first&cid=412991>. Abrufbar unter

- indem ein Vervielfältigungsstück in digitaler Form (Vervielfältigung A) auf dem Server der Einrichtung abgelegt und es dem Nutzer ermöglicht wird, dieses Vervielfältigungsstück durch Herunterladen auf seinem eigenen Computer zu vervielfältigen (Vervielfältigung B),
- wobei das vom Nutzer während des Herunterladens angefertigte Vervielfältigungsstück (Vervielfältigung B) nach Ablauf eines begrenzten Zeitraums nicht mehr verwendbar ist und
- andere Nutzer das Vervielfältigungsstück (Vervielfältigung A) während dieses Zeitraums nicht auf ihren Computer herunterladen können?

2. Sofern Frage 1 zu bejahen ist: Hindert Art. 6 der Richtlinie 2006/115 und/oder eine andere Bestimmung des Unionsrechts die Mitgliedstaaten daran, die Anwendung der in Art. 6 der genannten Richtlinie enthaltene Beschränkung des Verleihrechts mit der Bedingung zu verknüpfen, dass das von der Einrichtung zur Verfügung gestellte Vervielfältigungsstück des Werks (Vervielfältigung A) durch einen Erstverkauf dieses Vervielfältigungsstücks oder eine andere erstmalige Eigentumsübertragung in der Union durch den Rechteinhaber oder mit dessen Zustimmung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2001/29 in den Verkehr gebracht worden ist?

3. Sofern Frage 2 zu verneinen ist: Stellt Art. 6 der Richtlinie 2006/115 andere Anforderungen an die Herkunft des von der Einrichtung zur Verfügung gestellten Vervielfältigungsstücks (Vervielfältigung A) wie beispielsweise die Anforderung, dass dieses Vervielfältigungsstück aus einer rechtmäßigen Quelle stammt?

4. Sofern Frage 2 zu bejahen ist: Ist Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2001/29 dahin auszulegen, dass unter dem Erstverkauf von Gegenständen oder einer anderen erstmaligen Eigentumsübertragung im Sinne dieser Vorschrift auch eine zeitlich unbegrenzte Gebrauchsüberlassung eines digitalen Vervielfältigungsstücks urheberrechtlich geschützter Romane, Erzählungssammlungen, Biografien, Reiseberichte, Kinderbücher und Jugendliteratur zu verstehen ist, die online durch Herunterladen vorgenommen wird?

Zwar geht es in diesem Verfahren vorrangig um die Zulässigkeit des sog. E-Lendings, also das Verleihen digitaler Werkkopien durch öffentliche Bibliotheken. Dennoch besteht ein enger Zusammenhang zur Frage der digitalen Erschöpfung. Das Verleihen ist ein Unterfall der Verbreitung, siehe §§ 17, 27 Abs. 2 UrhG. Erschöpft sich das Verbreitungsrecht, gilt dies entsprechend auch für das Verleihrecht. Ob Erschöpfung durch den Erwerb einer unkörperlichen Kopie, beispielsweise eines E-Books, eintritt, könnte daher für die Zulässigkeit des E-Lendings von wesentlicher Bedeutung sein. Wäre dies nicht der Fall, müssten die Bibliotheken, anders als bei

körperlichen Werkexemplaren, hierfür u. U. Rechte einholen<sup>74</sup>. Um diese Problematik geht es unmittelbar in der Vorlagefrage 4.

Angesichts dieses Verfahrens ist es möglich – aber nicht garantiert –, dass der EuGH in absehbarer Zeit eine Entscheidung über die digitale Erschöpfung bei E-Books nach der InfoSoc-Richtlinie trifft.<sup>75</sup>

## **2.5. Einschätzung: Anwendbarkeit der UsedSoft-Rechtsprechung auf andere Inhalte als Software**

Ob sich die Ergebnisse aus der UsedSoft-Entscheidung auf die Weiterveräußerung anderer urheberrechtlich geschützter Werke als Software übertragen lassen, ist in der Rechtsliteratur ebenso umstritten wie in der oben dargestellten Rechtsprechung.

Der UsedSoft- und auch der später ergangenen Allposters-Entscheidung sind jedenfalls keine eindeutigen Schlüsse zu entnehmen. Entsprechend uneinheitlich wird die Frage beurteilt. Manche Autoren sprechen sich für eine Übertragbarkeit der UsedSoft-Prinzipien aus und verweisen dabei v. a. auf die wirtschaftliche Vergleichbarkeit der Software-Branche mit anderen digitalen Märkten.<sup>76</sup> Hierfür spricht auch, dass der EuGH in UsedSoft sehr grundlegende Aussagen über das Verhältnis von Veräußerer und Erwerber bzw. die Rechtsstellung von Erwerbern unkörperlicher Werkkopien gemacht hat. Gute Argumente, warum diese Prinzipien anders zu beurteilen sein sollen, wenn es sich bei dem Veräußerungsgegenstand statt um ein Computerprogramm um ein Buch oder einen Film handelt, sind nicht ersichtlich<sup>77</sup>. Ob die Unterschiede in den Erwägungsgründen der beiden Richtlinien angesichts dessen letztlich relevant sein können, ist zumindest fraglich. Immerhin sind Erwägungsgründe keine Gesetze, sondern nur Auslegungshilfen, die keine unmittelbare Rechtskraft entfalten. Hinzu kommt der Hinweis des EuGH, dass gleiche Begriffe generell gleich auszulegen

---

<sup>74</sup> Ob dieser Zusammenhang tatsächlich besteht, mag bezweifelt werden. Nach allgemeiner Meinung fallen digitale Überlassungen nicht unter das Verbreitungsrecht. Dies gilt nur für die Überlassung körperlicher Werkexemplare. Ist die Leihe eine spezielle Form der Verbreitung, muss man konsequent schlussfolgern, dass die zeitweise Überlassung digitaler Werkstücke kein Verleihen im urheberrechtlichen Sinne ist. Da eine Bibliothek beim E-Lending die Kopien von E-Books u. Ä. zudem nicht öffentlich zugänglich macht, sondern lediglich auf Anfrage per Individualkommunikation eine Kopie bereitstellt, fällt jedenfalls der Übermittlungsvorgang unter keines der derzeit gewährten Verwertungsrechte (siehe ausführlich zu dieser Argumentation Kreutzer, Verbraucherschutz bei digitalen Medien, S. 64 ff.). Damit könnte E-Lending allenfalls einen Eingriff in das Vervielfältigungsrecht bedeuten. Dies wäre jedoch nur dann der Fall, wenn die Kopien, die die Bibliothek erstellen muss, um dem Nutzer das jeweilige Werk zu übermitteln, einer Zustimmung des Rechteinhabers bedürfen. Auch hieran kann man jedoch zweifeln, da sie zumindest nach deutschem Recht unter die Schrankenbestimmungen der §§ 53a, 53 Abs. 1 und 2 UrhG fallen dürften.

<sup>75</sup> Vgl. Rauer, Dutch Court refers Case to EJEU regarding the Digital Exhaustion of Copyrights, LimeGreen IP News, 4. Juni 2015, <http://www.limegreenipnews.com/2015/06/dutch-court-refers-case-to-ejeu-regarding-the-digital-exhaustion-of-copyrights/>; buchreport.de, -Trödelmarkt will aufräumen, 22. Januar 2015, [http://www.buchreport.de/nachrichten/online/online\\_nachricht/datum/2015/01/22/ebook-troedelmarkt-will-aufraeumen.htm](http://www.buchreport.de/nachrichten/online/online_nachricht/datum/2015/01/22/ebook-troedelmarkt-will-aufraeumen.htm).

<sup>76</sup> Ebd.; Kreutzer, EuGH-Urteil zu Gebrauchtssoftware, a.a.O.

<sup>77</sup> Kreutzer, iRights.info: EuGH-Urteil zu Gebrauchtssoftware: Eine revolutionäre Entscheidung für die Informationsgesellschaft, <http://iriights.info/artikel/eugh-urteil-zu-gebrauchtssoftware-eine-revolutionre-entscheidung-fr-die-informationsgesellschaft/7239>.

sind, auch wenn sie in verschiedenen Richtlinien verwendet werden<sup>78</sup>. Auch hierin liegt ein genereller Grundsatz der Unionsrechtsordnung, der nur unter besonderen Umständen eine Ausnahme zulässt.<sup>79</sup>

Gegenstimmen in der Rechtsliteratur sehen dies anders. Die UsedSoft-Entscheidung sei auf andere Werkarten nicht anwendbar. Die Computerprogramm-Richtlinie sei *lex specialis* und treffe in vielerlei Hinsicht Sonderregeln, die für andere Werkarten gerade nicht gelten sollen. Die Regelungen über den Erschöpfungsgrundsatz unterschiedlich auszulegen sei daher nicht nur möglich, sondern auch geboten. Der Unionsgesetzgeber habe den Verkauf von Computerprogrammen eben anders regeln wollen als den anderer digitaler Güter.<sup>80</sup> Ob die wirtschaftliche Situation vergleichbar ist, sei daher unerheblich, denn die rechtliche sei es jedenfalls nicht.<sup>81</sup>

Ganz gleich, welcher Auffassung man zuneigt; Fakt ist, dass die Rechtsunsicherheit nach wie vor groß ist, was es derzeit praktisch unmöglich macht, gebrauchte E-Books, Hörbücher, Musikdateien oder digitale Filmkopien weiterzueräußern. Umso riskanter wäre es, digitale Gebrauchtmarktplätze anzubieten. Dies wäre jedoch wiederum Voraussetzung dafür, dass die Verbraucher von einem digitalen Weiterveräußerungsrecht – so es denn existieren würde – überhaupt Gebrauch machen würden. Dies ist angesichts der jüngeren Rechtsprechung der deutschen Gerichte jedenfalls hierzulande praktisch unmöglich. Digitale Weiterveräußerungen von kreativen Gütern sind damit derzeit nicht möglich.

Die Rechtsunsicherheit könnte der EuGH in der Entscheidung zu dem o. g. Fall Vereniging Openbare Bibliotheken/Stichting Leenrecht beseitigen. Ob dies erwartet werden kann, ist jedoch zweifelhaft.<sup>82</sup>

Da andere höchstrichterliche Verfahren mit direktem Bezug zu der Problematik nicht ersichtlich sind, wäre eine unionsrechtliche Klärung wünschenswert. Immerhin wird

---

<sup>78</sup> EuGH – UsedSoft, Rz. 60: „Zwar müssen die in den Richtlinien 2001/29 und 2009/24 verwendeten Begriffe grundsätzlich dieselbe Bedeutung haben (vgl. Urteil vom 4. Oktober 2011, Football Association Premier League u. a., C-403/08 und C-429/08, Randnrn. 187 und 188).

<sup>79</sup> Ständige Rechtsprechung des EuGH, vgl. die Nachweise in UsedSoft, Rz. 39 sowie die Murphy-Entscheidung (verbundene Rechtssachen C- 403/08 und C- 429/08, Urteil vom 4.10.2011, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=110361&pageIndex=0&doclang=DE&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1205772>). In Rz. 188 heißt es dort: „Unter diesen Umständen müssen in Anbetracht der Erfordernisse der Einheit und Kohärenz der Unionsrechtsordnung die in sämtlichen dieser Richtlinien verwendeten Begriffe dieselbe Bedeutung haben, es sei denn, dass der Unionsgesetzgeber in einem konkreten gesetzgeberischen Kontext einen anderen Willen zum Ausdruck gebracht hat.“ Ob der Unionsgesetzgeber in InfoSoc- und Computerprogramm-Richtlinie in Bezug auf den Erschöpfungsgrundsatz einen anderen Willen zum Ausdruck gebracht, ist – wie oben beschrieben – umstritten und wurde vom EuGH in UsedSoft ausdrücklich offengelassen.

<sup>80</sup> Jani, Bis zur Erschöpfung?, a.a.O., 335.

<sup>81</sup> Ebd., 337.

<sup>82</sup> Wie gesagt ist dies nicht garantiert. Zum einen ist die Vorlagefrage nach der digitalen Erschöpfung (Nr. 4) nur eine Annexfrage. Sie wird also nur beantwortet, wenn zuvor Frage 2 bejaht wird. Zum anderen ist die Ausgangssituation dieses Falles, in dem es v. a. um *E-lending* geht, schon erheblich anders gelagert. Damit ist fraglich, ob der EuGH gerade in diesem Verfahren die lang ersehnte Klarstellung schafft.

die InfoSoc-Richtlinie derzeit untersucht und höchstwahrscheinlich während der laufenden Legislaturperiode überarbeitet.<sup>83</sup>

## 2.6. Zulässigkeit anderer Formen der Weitergabe

Diese vorstehend diagnostizierte Rechtsunsicherheit trifft gleichermaßen andere Formen der Weitergabe von unkörperlichen Werkexemplaren, wie z. B. das Verleihen, Vermieten oder Verschenken.

Geht man – wie es z. B. die deutschen Gerichte tun – davon aus, dass der Erschöpfungsgrundsatz überhaupt etwas mit der unkörperlichen Überlassung an Dritte zu tun hat<sup>84</sup>, hängt auch das Verleihen von digitalen Kopien von dessen Auslegung ab. Wie bereits beschrieben wird die Leihe<sup>85</sup> nach deutschem Urheberrecht als Unterform der Verbreitung verstanden. Dementsprechend erschöpft sich das Verleihrecht gemeinsam mit dem Verbreitungsrecht mit dem ersten In-Verkehr-Bringen.<sup>86</sup> Erkennt man die Erschöpfungswirkung indes bei der Vermarktung von unkörperlichen Werkkopien nicht an, bleibt auch das Verleihrecht bestehen. Entsprechend müsste der Verleihende, wenn man davon ausgeht, dass die zeitweise Überlassung einer Datei überhaupt ein Verleihen im urheberrechtlichen Sinne darstellt<sup>87</sup>, hierfür eine Lizenz vom Rechteinhaber einholen.

Unkörperliche Werkexemplare dürften dann nur noch im rein privaten Umfeld verliehen, verschenkt oder getauscht werden. Verleihen durch Bibliotheken, E-Book-Spenden, Tauschangebote an die Öffentlichkeit<sup>88</sup> und andere Verwendungsmöglichkeiten wären dagegen nicht gestattet.

Auch wenn keineswegs eindeutig ist, dass diese Annahme tatsächlich mit der geltenden Rechtslage übereinstimmt, entspricht sie doch der Haltung der deutschen Gerichte. Aus Verbrauchersicht erschwerend kommt der Umstand hinzu, dass – selbst man davon ausginge, dass solche Handlungen urheberrechtlich zulässig sind – es allgemeine Branchenübung bei E-Book-Händlern, Musik-Downloaddiensten usw. zu sein scheint, solche Handlungen durch allgemeine Geschäftsbedingungen pauschal zu untersagen. Pauschale Weitergabeverbote, die sich sogar auf das rein private Umfeld erstrecken, zeigen zudem, dass urheberrechtlich vorgesehene Freiheitsbereiche auf breiter Ebene durch vertragliche Regelungen ausgehebelt werden<sup>89</sup>. Ob

---

<sup>83</sup> Näheres hierzu s. u., Punkt 3.2.

<sup>84</sup> Warum dies bezweifelt werden muss, wurde oben, Punkt 2.3, erörtert.

<sup>85</sup> Verleihen bedeutet eine „zeitlich begrenzte, weder unmittelbar noch mittelbar Erwerbszwecken dienende Gebrauchsüberlassung“ (§ 27 Abs. 2 Satz 2 UrhG). Vermieten ist dagegen die zeitlich begrenzte Überlassung gegen Entgelt.

<sup>86</sup> Dreier/Schulze-Schulze, UrhG, § 17 Rn. 52.

<sup>87</sup> Dass und warum dies zweifelhaft ist, wurde oben in Fn. 74 ausgeführt.

<sup>88</sup> Gemeint ist nicht das „Tauschen“ in sog. Tauschbörsen, sondern ein Tauschen im eigentlichen Sinne. Vorstellen könnte man sich Tauschplätze im Netz, in denen Nutzer ihre digitalen Inhalte gegen andere eintauschen können.

<sup>89</sup> Als aktuelles Beispiel seien hier die Nutzungsbedingungen für den Amazon-Kindle-Store genannt, in denen sich folgende Formulierung findet: „**Beschränkungen.** Sofern nichts anderes ausdrücklich angegeben ist, dürfen Sie die Rechte an

solche weitgehenden Verbote wirksam sind, mag zwar bezweifelt werden. Mangels klarer rechtlicher Vorgaben ist dies jedoch weder ausgeschlossen noch ohne Weiteres zu ermitteln<sup>90</sup>.

Weitgehend sicher ist hingegen, dass Anbieter ohne jegliche Einschränkung nach eigenem Belieben zulässige wie unzulässige Nutzungshandlungen durch technische Schutzmaßnahmen verhindern können. Ein Nutzer- oder Verbraucherschutz gegen überbordende technische Schutzmaßnahmen ist weder auf EU-Ebene noch im deutschen Recht vorgesehen. Im Gegenteil: Selbst wenn solche Maßnahmen auch legale Nutzungshandlungen verhindern und damit weit darüber hinausgehen, vor „Piraterie“ zu schützen, ist ihr Einsatz weder illegal noch dürfen sie ohne Weiteres umgangen werden.

## 2.7. Zwischenfazit

Die vorstehende Analyse zeigt, dass die Weiterveräußerung von digitalen Werkkopien angesichts eines undurchdringlichen Geflechts aus unklarer Rechtslage, restriktiver Vertragspraxis und überbordendem Schutz sowie Einsatz technischer Maßnahmen derzeit nicht möglich ist.

Weder ist abschließend geklärt, ob eine solche bei digitalen Gütern – abgesehen von Computerprogrammen – nach europäischem und deutschem Urheberrecht überhaupt zulässig ist. Noch – umso weniger – gibt es eindeutige Erkenntnisse darüber, ob restriktive Weiterveräußerungsverbote in allgemeinen Geschäftsbedingungen zulässig und wirksam sind. Selbst wenn beide Aspekte durch Gerichte geklärt würden, bliebe den Herstellern im Zweifel die Möglichkeit, die Weiterveräußerung durch technische Schutzmaßnahmen wie DRM- oder Kopierschutzsysteme zu unterbinden. Auch die UsedSoft-Entscheidung lässt diese Möglichkeit offen, wodurch den Händlern wiederum ein Weg eröffnet wird, die für legal erklärte Weiterveräußerung von Software letztlich doch mit technischen Mitteln zu verhindern<sup>91</sup>.

---

den Kindle-Inhalten oder Teilen davon **nicht verkaufen, vermieten, verleihen, vertreiben, im Rundfunk ausstrahlen, in Unterlizenz vergeben oder anderweitig an Dritte abtreten**, und Sie dürfen Schutzvermerke oder Kennzeichnungen an den Kindle-Inhalten nicht entfernen oder verändern. Darüber hinaus dürfen Sie Sicherheitsmerkmale, die dem Schutz der Kindle-Inhalte dienen, nicht umgehen, verändern, unterdrücken oder verhindern.“ Stand: 19. Juni 2015; <http://www.amazon.de/gp/help/customer/display.html?nodeId=200506200>.

<sup>90</sup> Siehe hierzu die Erkenntnisse aus meiner Studie, Verbraucherschutz bei digitalen Medien, S. 7 ff., Verweis s. o., Fn. 17.

<sup>91</sup> Siehe zu diesen Bedenken schon meine Analyse bei iRights <http://irights.info/artikel/eugh-urteil-zu-gebrauchsoftware-eine-revolutionre-entscheidung-fr-die-informationsgesellschaft/7239>. Der EuGH hat sich zu dieser Frage nicht geäußert, sodass das Verhältnis zwischen dem Schutz technischer Maßnahmen und dem Weiterveräußerungsrecht zumindest unklar ist. In diesem Zusammenhang mag die EuGH-Entscheidung „Nintendo“ von Bedeutung sein, deren Implikationen jedoch ebenfalls noch sehr schwer einzuschätzen sind (Urteil vom 23.01.2014, Az. C-355/12, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=146686&pageIndex=0&doclang=DE&mode=req&dir=&occ=first&part=1>). Stark vereinfacht ausgedrückt hat der EuGH hier entschieden, dass technische Schutzmaßnahmen

Ob die höchstrichterliche Rechtsprechung in absehbarer Zeit überhaupt hierüber entscheidet, ist ungewiss. Wenig wahrscheinlich ist jedenfalls, dass durch ein einziges Urteil sämtliche vorstehend aufgezeigten Fragen beantwortet und Rechtsunsicherheiten für alle Arten von Inhalten ausgeräumt werden.

Wenn man angesichts der Interessenlage zu dem Ergebnis gelangt, dass es angemessen oder gar geboten wäre, den digitalen Handel unter die gleichen rechtlichen Rahmenbedingungen zu stellen, die im physischen Verkehr gelten, kann dies nur über eine gesetzliche Neuregelung gelingen. Diese müsste auf EU-Ebene geschaffen werden.

Nachstehend wird erörtert, was für oder gegen eine Neuregelung sprechen könnte und wie eine solche gegebenenfalls aussehen könnte.

---

nur insoweit vor Umgehung geschützt sind, wie sie rechtswidrige Nutzungen unterbinden. Das könnte zwar bedeuten, dass Schutzmaßnahmen, die ein etwaig eingeführtes oder bestätigtes Weiterveräußerungsrecht unterbinden, nicht vor Umgehung geschützt sind und damit ausgehebelt werden können. Wenn dies aber faktisch – jedenfalls vielen Menschen – unmöglich ist, nützt diese Aufweichung des Umgehungsschutzes wenig. Ergänzend wäre ein Verbot erforderlich, solche überbordenden Schutzmaßnahmen überhaupt einzusetzen. Ein solches wird aber ersichtlich bislang nirgends diskutiert.

### **3. Argumente für und wider einer Gleichstellung von unkörperlicher und körperlicher Weiterveräußerung**

Ob und inwieweit eine Gleichstellung digitaler und physischer Märkte mit urheberrechtlich geschütztem Material politisch geboten ist, hängt insbesondere davon ab, ob Interessenlagen und Implikationen für die Akteure vergleichbar sind. Wäre beispielsweise zu befürchten, dass ein Weiterveräußerungsrecht für E-Books den noch jungen Primärmarkt von Buch- und Wissenschaftsverlagen bedrohen würde, könnte das bei Abwägung aller Interessen gegen eine Gleichstellung – jedenfalls in diesem Sektor – sprechen. Lassen sich solche Folgen dagegen nicht prognostizieren, wäre eine Ungleichbehandlung aus Sicht der Erwerberinteressen nicht mehr zu rechtfertigen.

#### **3.1. Vergleich der Sach- und Interessenlage zwischen physischem und unkörperlichem Verkehr sowie zwischen Software- und anderen Branchen der Kreativwirtschaft**

Um einschätzen zu können, ob und inwieweit legislativer Handlungsbedarf besteht, liegt es nahe, zwei Vergleiche vorzunehmen. Um zum einen zu ergründen, ob sich die vom EuGH zur Software-Branche vorgenommenen Wertungen auch auf andere Märkte übertragen lassen, sind generelle Gemeinsamkeiten und Unterschiede von Produkten und Vermarktungsmethoden zu analysieren. Zudem ist zu untersuchen, ob sich zwischen der physischen und der unkörperlichen Vermarktung urheberrechtlich geschützten Materials signifikante Unterschiede ergeben. Immerhin ist es ein ehernes und unbestrittenes Prinzip, dass physische Güter weiterveräußert werden dürfen. Wären die dem zugrundeliegenden Erwägungen auf den Wiederverkauf von unkörperlichen Werkexemplaren zu übertragen, wäre eine Ungleichbehandlung nicht zu rechtfertigen.

Etwaige Unterschiede betreffen im Zweifel ausschließlich die Interessen der Rechteinhaber, der Urheber und der Verwerter. Die Erwerberinteressen dürften dagegen, unabhängig von solchen Differenzierungen, weitgehend identisch sein. Sie sollen daher zunächst „vor die Klammer gezogen“ werden.

##### **3.1.1. Erwerberinteressen**

Die Erwerber von Musik, Büchern oder Filmkopien haben ein durch die Rechtsordnung anerkanntes und geschütztes Interesse, hiermit nach eigenem Belieben verfahren zu können. Wer gegen einmaliges Entgelt dauerhaft eine Kopie von einem urheberrechtlich geschützten Werk überlassen bekommt, kann berechtigt davon ausgehen, dass ihm diese Kopie auch „gehört“ und er, mit anderen Worten, hieran Eigentum erlangt. Ob es sich bei dieser Kopie um einen physischen Gegenstand oder eine Datei handelt, ist aus Sicht des Verbrauchers irrelevant. Auch spielt es keine Rolle, wie der Anbieter das Erwerbsgeschäft bezeichnet. Ob dies Lizenz- oder Kaufvertrag





genannt wird, ist – wie der EuGH in der UsedSoft-Entscheidung ausführlich erläutert hat<sup>92</sup> – unerheblich. In der dauerhaften Überlassung einer Kopie gegen einmaliges Entgelt liegt ein „Verkauf“ vor und der Erwerber wird zum Eigentümer an dieser Kopie<sup>93</sup>. Dass ein Eigentümer sein erworbenes Gut nach eigenem Belieben weiterverkaufen kann, ist unbestritten einer der elementaren Grundsätze der Eigentumsordnung. Niemand würde ernsthaft argumentieren, dass ein Autokäufer eine Zustimmung des Herstellers benötigt oder benötigen sollte, um es weiterverkaufen zu dürfen. Auch würde wohl niemand vertreten, dass ein in den AGB des Herstellers enthaltenes Weiterveräußerungsverbot wirksam sein könnte.

Diese fundamentalen Rechtsgrundsätze basieren auf generellen Wertungen. Wer Dinge erwirbt, hat Anspruch darauf, den Wiederverkaufswert zu realisieren, sein Eigentum zu verschenken, auszuleihen oder zu tauschen. Der Anbieter kann und soll den „Gebrauchtmarkt“ nicht kontrollieren. Drohen ihm dadurch Einbußen auf dem Primärmarkt, kann er diese durch die Preisgestaltung beim Erstverkauf berücksichtigen. Eine darüber hinausgehende Kontrolle wäre ebenso wenig gerechtfertigt wie die Möglichkeit, für jede Weiterveräußerung erneut ein Entgelt zu verlangen.<sup>94</sup> Der nachgelagerte Markt und die dort zu erzielenden Umsätze entziehen sich dem Monopol, dass das Immaterialgüterrecht vermittelt. Hierdurch wird der Verkehr geschützt, indem die nachgelagerten Märkte von Ausschließlichkeitsrechten verschont und Kopien so frei zirkulieren könnten. Solche Gebrauchtmärkte können nicht existieren und werden nicht entstehen – das zeigt sich vorliegend deutlich am Fehlen digitaler Gebrauchtmärkte –, wenn die Immaterialgüterrechte auch nach der Erstveräußerung fortgelten. Denn dann bräuchte jeder Wiederverkäufer eine Zustimmung vom Rechteinhaber. Will er alle Handelsstufen kontrollieren, wird er diese nicht erteilen.

Einen Anspruch darauf, den Verkehr mit seinen Werkstücken vollständig zu kontrollieren und nachgelagerte Märkte zu unterbinden, sodass jede Kopie stets vom Rechteinhaber erworben werden muss, gibt es nicht. Das „geistige Eigentum“ würde so zu sehr in den freien Markt, individuelle Interessen Dritter und das Gemeinwohl eingreifen. Auch dies hat der EuGH in der UsedSoft-Entscheidung sehr deutlich gemacht.

---

<sup>92</sup> Siehe Rz. 44 und 47. Die Ausführungen hierzu beziehen sich auf den Begriff des „Erstverkaufs“ in der Computerprogramm-Richtlinie, der identisch auch in der InfoSoc-Richtlinie verwendet wird. Gemäß dem Gleichheitssatz (s. o., Fn. 79) muss dieser Begriff in beiden Richtlinien identisch ausgelegt werden.

<sup>93</sup> EuGH – UsedSoft, Rz. 47, 48. Wohlgemerkt geht es nicht um die Übertragung des Eigentums oder den Verkauf des urheberrechtlich geschützten Werkes. Diese Folgen beziehen sich vielmehr lediglich auf diejenige Kopie, die Gegenstand des Veräußerungsgeschäfts war.

<sup>94</sup> EuGH – UsedSoft, Rz. 63. Hier heißt es wörtlich: „Würde die Anwendung des Grundsatzes der Erschöpfung des Verbreitungsrechts nach Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2009/24 unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens auf Programmkopien beschränkt, die auf einem materiellen Datenträger gespeichert sind, könnte der Urheberrechtsinhaber den Wiederverkauf von aus dem Internet heruntergeladenen Kopien kontrollieren und bei jedem Wiederverkauf erneut ein Entgelt verlangen, obwohl ihm bereits der Erstverkauf der betreffenden Kopie ermöglicht hat, eine angemessene Vergütung zu erzielen. Eine solche Beschränkung des Wiederverkaufs von aus dem Internet heruntergeladenen Programmkopien ginge über das zur Wahrung des spezifischen Gegenstands des fraglichen geistigen Eigentums Erforderliche hinaus (vgl. in diesem Sinne Urteil Football Association Premier League u. a., Randnrn. 105 und 106).“

Aus Erwerbersicht ist kein Argument ersichtlich, warum dieses Interesse anders bewertet werden sollte, wenn es sich bei dem erworbenen Gut nicht um ein Buch oder eine CD, sondern um eine Datei handelt. Immerhin zahlt er für den Erwerb den vom Anbieter verlangten Preis. Ihm dennoch den Status als Eigentümer zu verweigern und ihn durch die Rechtsordnung oder Verträge der uneingeschränkten Verfügungsmacht – man könnte sagen: Willkür – des Rechteinhabers zu unterwerfen, ist kaum zu rechtfertigen. Plakativ könnte man folgende Fragen stellen:

- Womit kann man rechtfertigen, dass ein Anbieter wie Amazon seinen E-Book-Käufern untersagen darf, ihre gekauften und bezahlten Bücher im Freundeskreis zu verleihen?
- Kann und sollte es zulässig sein, dass sich Anbieter von E-Books vorbehalten, den Käufern die Nutzungsmöglichkeit der Bücher wieder zu entziehen?
- Womit kann man rechtfertigen, dass Käufer ihre Hörbuchsammlungen nicht vererben dürfen?
- Wie kann man begründen, dass der Erwerber Hunderter Jazz-Alben seine Sammlung nur dann verkaufen darf, wenn er sie physisch erworben hat, ihm dieses Recht aber verwehrt wird, wenn er – unter Aufwendung vergleichbarer Kaufpreise – sie käuflich als Dateien erworben und bei einem Download-Dienst heruntergeladen hat?

Das faktische und u. U. auch rechtliche Verbot, Dateien von urheberrechtlich geschütztem Material weiterzuverkaufen, führt zu all diesen Ungleichbehandlungen. Eine zentrale Grundlage hierfür ist die Unterscheidung zwischen einem Käufer und einem Lizenznehmer. Während ein Käufer nur sehr begrenzt in seinen Verfügungsmöglichkeiten eingeschränkt ist (durch Gesetz) oder werden kann (durch Vertrag), kann ein Rechteinhaber gegenüber seinem Lizenznehmer im Prinzip nach eigenem Belieben verfahren. Die entscheidende Frage ist jedoch: Können die Rechteinhaber auch in vergleichbaren Veräußerungssituation nach freiem Belieben entscheiden, ob der Erwerber Eigentümer wird oder nur Lizenznehmer ist? Der EuGH hat sich im UsedSoft-Urteil eindeutig gegen eine solche Entscheidungsmacht ausgesprochen. Warum diese grundlegende Bewertung beim Erwerb von Büchern, Filmen oder Musik anders sein soll, erschließt sich nicht.

Vor allem ist nicht ersichtlich, warum die Rechteinhaber – und dabei allen voran, die Verwertungsindustrie – vom Wandel der Märkte profitieren sollen, indem die Verbraucher beim Handel mit unkörperlichen Gütern schlechtergestellt werden. Der Handel mit physischen Werkexemplaren wird zunehmend durch digitale Geschäftsmodelle ersetzt. Das gilt für Computerprogramme ebenso wie für alle kulturellen Güter. Wenn auch die Transition in manchen Branchen weiter fortgeschritten ist als

in anderen<sup>95</sup>, verzeichnen Download-Angebote in allen Sparten signifikante Zuwächse.<sup>96</sup>

Es kann prognostiziert werden, dass mittel- bis langfristig der Absatz physischer kultureller Güter eher einen Nischenmarkt bildet. Diese Entwicklung hat auch und v. a. für die Rechteinhaber große Vorteile. Wenn Anbieter nicht mehr auf die Produktion von CDs, DVDs oder Büchern angewiesen sind, um ihre Produkte zu verkaufen, dann können sie ihre Vertriebs-, Herstellungs-, Material- und Logistikkosten senken. Die Verfügbarkeit kultureller Güter wird erhöht, der Zugang zu ihnen jedenfalls potenziell erleichtert.

Vor diesem Hintergrund ist es nicht zu rechtfertigen, dass der Käufer/Eigentümer zu einem rechtlich erheblich schlechtergestellten Lizenznehmer degradiert wird. Umso weniger als die Rechteinhaber mittlerweile vielerlei Möglichkeiten haben – und diese auch extensiv nutzen –, ihre Inhalte statt als Ware als Dienstleistungen anzubieten und damit Veräußerungssachverhalte und deren Folgen ohne Weiteres zu vermeiden. In manchen Branchen haben Streaming- und Abonnement-Dienste mittlerweile eine größere Bedeutung als Download-Shops.<sup>97</sup> Bei diesen findet kein Erwerb von Werkkopien statt, sondern es wird – für die Dauer des Abonnements – lediglich der Zugriff auf einen Service gewährt. Will der Anbieter seinen Kunden keine Inhalte verkaufen, sondern lediglich Zugriff auf gewisse Zeit gewähren, bleibt ihm dieser Weg unbenommen. Den Verbraucher jedoch wie einen Abonnenten zu behandeln, obwohl ihm der Eindruck vermittelt wird, er würde die ausgewählten Inhalte – gegen ungleich höheres Entgelt als etwa beim Streaming – erwerben, kann nicht im Sinne der Rechtsordnung sein.

### **3.1.2. Interessen der Rechteinhaber**

In seiner Entscheidung in Sachen UsedSoft hat der EuGH m. E. wesentliche Grundsätze für das Verhältnis zwischen Anbieter und Nutzer beim Handel mit unkörperlichen Werkexemplaren aufgestellt. In dieser Grundsatzentscheidung wurde die Frage, ob die Anbieter ein durch die Rechtsordnung zu schützendes Interesse haben, nachgelagerte digitale Gebrauchtmärkte zu kontrollieren, verneint. Die hierfür vorgebrachten Gründe sind universell und treffen m. E. auf alle Branchen gleichermaßen zu.

Im Zuge einer in diese Richtung gehende Gesetzesinitiative wäre daher lediglich noch zu fragen, ob manche Branchen oder Produkte Besonderheiten aufweisen, die es geboten erscheinen lassen, von einer allgemeinen Weiterveräußerungsbefugnis für kulturelle Güter ganz abzusehen oder zumindest für manche Branchen Ausnah-

---

<sup>95</sup> Der Musikmarkt ist hier beispielsweise schon wesentlich weiter als der Buchmarkt. Auch gibt es regionale Unterschiede. E-Books sind in Deutschland beispielsweise noch weniger weit verbreitet als in den USA.

<sup>96</sup> Siehe beispielhaft für die Musikbranche <http://www.musikindustrie.de/jahrbuch-2014-absatz/>.

<sup>97</sup> Siehe hierzu unten, Punkt 5.

men vorzusehen. Solche Maßnahmen könnten gerechtfertigt sein, wenn sich bei anderen digitalen Gütern so signifikante Unterschiede zum Handel mit Computerprogrammen zeigen, dass es letztlich an der Vergleichbarkeit der Konstellationen und Interessenlagen mangelt.

Solche Unterschiede sind jedoch nicht ersichtlich.

### **3.1.2.1. Argument: Digitaler Gebrauchtmärkte fördert Piraterie**

Eines der Hauptargumente gegen die Einführung von digitalen Weiterveräußerungsrechten liegt darin, dass hierdurch unkontrollierbare Piraterie – Urheberrechtsverletzungen – gefördert würde. Sowohl die Interessenvertreter der Software- als auch der Kreativindustrien haben dieses Argument in der langen Debatte immer wieder hervorgehoben.

Zusammengefasst lässt diese Behauptung wie folgt umschreiben: Digitale Werkkopien verkaufen zu dürfen ziehe notwendig einen nicht zu rechtfertigenden Kontrollverlust für den Rechteinhaber nach sich. Anders als physische Werkkopien oder Datenträger sei es Dateien nicht anzusehen, ob es sich um „ein Original“ oder eine Kopie handle. Ohne den Rechtsschein einer physischen „Original-Kopie“ sei es nicht möglich, Raubkopien von zulässig gehandelten Originalen zu unterscheiden.

Dieses Argument hat jedoch nur bei oberflächlicher Betrachtung Überzeugungskraft. Tatsächlich verkennt es die technischen Realitäten. Physische Daten- oder Tonträger sind nur vermeintlich zuverlässigere Rechtsscheinträger als Dateien. Tatsächlich aber können auch Trägermedien mit heute weit verbreiteten Technologien relativ problemlos vervielfältigt werden. Das mag bei einem Buch trotz Scanner und Kopierer noch verhältnismäßig aufwendig erscheinen. Musik-CDs oder Film-DVDs können jedoch mit wenig Aufwand und unter Einsatz von in fast jedem Haushalt befindlichen Technologien (wie z. B. Fotodrucker) so originalgetreu vervielfältigt werden, dass die Unterscheidung schwerfällt. Dabei ist die Proliferation von im Einsatz befindlichen Kopien im körperlichen Bereich sogar legal. Es ist ohne Weiteres zulässig, eine Original-CD zu erwerben, die hierauf befindliche Musik auf ein anderes Medium zu kopieren (Privatkopie) und das Original weiterzuveräußern<sup>98</sup>. Bei der Weiterveräußerung unkörperlicher Werkexemplare ist – nach der UsedSoft-Entscheidung – dieser Effekt nicht möglich.

Hinzu kommt, dass Dateien mit digitalen Identifikationsmerkmalen versehen werden (beispielsweise digitalen Wasserzeichen) können, die weit weniger leicht „gefälscht“ oder umgangen werden können als der rein faktische „Kopierschutz“, den ein physischer Werkträger bietet. Darüber hinaus sind solche Mechanismen nach den Regeln

---

<sup>98</sup> Der Grund hierfür liegt darin, dass die Privatkopie nach deutschem Recht auch zulässig ist, wenn der Nutzer kein eigenes Original besitzt, siehe BGH GRUR 1997, 459/462 – CB-Infobank I und zur Thematik, Kreutzer, Verbraucherschutz bei digitalen Medien, S. 54.

über den Schutz technischer Maßnahmen (in Deutschland: § 95c UrhG) gegen Umgehung und Entfernung rechtlich geschützt.

Wird sichergestellt, dass auf digitalen Gebrauchtmärkten ausschließlich „Original-Kopien“<sup>99</sup> weiterveräußert werden dürfen, ist nicht ersichtlich, warum durch digitale Weiterveräußerungsrechte mehr Piraterie entstehen soll. Angesichts der engen Vorgaben des EuGH wäre gewährleistet, dass Marktplätze für gebrauchte Dateien als technisch hochgradig kontrollierte Umgebungen ausgestaltet werden müssen.<sup>100</sup> Eine Gefahr, dass auf solchen Märkten unkontrolliert mit Raubkopien gehandelt werden könnte, ist nicht ersichtlich.

Hinzu kommt folgender Umstand: Weiterveräußerungsrechte bilden die Grundvoraussetzung für die Entstehung von neuen legitimen Märkten (wie es beim Handel mit gebrauchter Software bereits geschehen ist). Je mehr Möglichkeiten der Verbraucher zum Erwerb der Inhalte, die ihn interessieren, bekommt, desto geringer ist potenziell sein Interesse daran, sich mit Raubkopien zu versorgen. Es erscheint daher plausibel anzunehmen, dass Gebrauchtmärkte ein (weiteres) Mittel zur Bekämpfung von Piraterie sind.

### **3.1.2.2. Argument: Dateien altern nicht**

Ein weiteres zentrales Argument liegt darin, dass physische Speichermedien und analoge Werkträger wie Bücher einem Alterungsprozess unterliegen und sich ihr Weiterverkauf nur begrenzt auf den Primärmarkt auswirke. Da Dateien jedoch weder altern noch einem zeitlich bedingten Qualitätsverlust unterliegen oder „kaputt gehen“, könnten sie hingegen beliebig oft und beliebig lange weiterveräußert werden. Daher sei die Interessenlage hier anders als im körperlichen Gebrauchthandel.

Auf den ersten Blick scheint dieses Argument zu überzeugen. Bücher, aber auch digitale Datenträger unterliegen Alterungserscheinungen und sind irgendwann nicht mehr verwendungsfähig. Bücher werden schmutzig und verknicken und auch Booklets und Hüllen von digitalen Datenträgern leiden unter dem Gebrauch. Dateien, die nur aus Bits und Bytes bestehen, altern, natürlich, nicht in diesem Sinne.

Dennoch stehen dem Argument zwei wichtige Aspekte entgegen, die an dessen Relevanz letztlich zweifeln lassen. Zum einen haben gerade popkulturelle Werke in der Regel nur eine kurze ökonomische Halbwertszeit. Sie altern dadurch, dass das Interesse an ihnen nachlässt und so ihr wirtschaftlicher Wert schwindet. Große Klassiker, die über Jahrzehnte oder gar Jahrhunderte nachgefragt und immer wieder erworben werden, bilden eine äußerst seltene Ausnahme. Der „kulturelle Alterungsprozess“

---

<sup>99</sup> Dem Begriff „Original“ ist im Verhältnis zu Dateien mit Skepsis zu begegnen. Die Unterscheidung zwischen Original und Kopie ist bei unkörperlichen digitalen Gütern obsolet und führt daher zu Verwirrungen. Siehe hierzu ausführlich, Kreuzer, Verbraucherschutz bei digitalen Medien, S. 53 ff.

<sup>100</sup> Dies ist schon wegen der Vorgabe des EuGHs erforderlich, dass sichergestellt werden muss, dass nur „Originale“ gehandelt werden und dass der Veräußerer seine Kopien unbrauchbar macht. Wie sich die Umsetzung solcher Prinzipien praktisch realisiert, wird unten in Teil 5 an Beispielen dargestellt.

betrifft den Vertrieb des Originals ebenso wie den Gebrauchtmakrt. Wird das Original nicht mehr nachgefragt, entfällt auch die Nachfrage nach „gebrauchten“ Kopien.

Im Zweifel werden Weiterveräußerungsrechte Inhalte mit längerer ökonomischer Halbwertszeit erheblicher beeinflussen als solche, die nach kurzer Zeit obsolet sind. Trifft dies zu, kann man davon ausgehen, dass die Software-Branche hierdurch im Zweifel wesentlich erheblicher beeinträchtigt wird als z. B. die Film-, Unterhaltungsliteratur- oder Musikindustrie. Zum einen ist der Wert gebrauchter Computerprogramme zumeist wesentlich höher als etwa der gebrauchter E-Books<sup>101</sup>. Der Anreiz, den – relativ geringen – Gebrauchtwert eines gebrauchten E-Books zu erzielen und sich hierfür die Mühe des Weiterverkaufs zu machen, ist potenziell geringer als bei einem Computerprogramm. Zum anderen sind Computerprogramme wie z. B. Anwendungen oder Betriebssysteme, häufig über viele Jahre im Einsatz, während das Interesse gerade an popkulturellen Werken – wie gesagt – in der Regel schnell schwindet.<sup>102</sup> Der Umstand, dass der EuGH ökonomische Argumente nicht einmal bei der Weiterveräußerungsfähigkeit von Computerprogrammen hat gelten lassen, spricht insofern umso mehr dafür, dass diese auch bei kulturellen Inhalten nicht verfangen.

Hinzu kommt, dass Dateien ihren Wert durch die technische Weiterentwicklung verlieren. Die Schwierigkeit, das digitale Kulturerbe zu erhalten, entsteht auch und v. a. dadurch, dass sich die nutzbaren und gängigen Abspielformate sowie die zur Nutzung erforderlichen Betriebssysteme und Hardware (wie E-Book-Reader) im Zuge des technischen Fortschritts regelmäßig verändern<sup>103</sup>. Nach Ablauf einer unterschiedlich langen Übergangszeit sind alte Formate meist nicht mehr abspiel- und damit nicht mehr nutzbar, da Geräte, Betriebssysteme, Abspielprogramme und/oder die Hardware sie nicht mehr unterstützen. Dies gilt auch und v. a. für solche Dateien, die mit technischen Schutzmaßnahmen versehen sind.

Die technische Veralterung wirkt sich dabei ähnlich wie eine physische Alterung aus. Dateien, die nicht mehr abgespielt werden können, können nicht mehr weiterveräußert werden. Wenn Weiterveräußerungsrechte – wie sie vom EuGH konstruiert wurden – den Handel mit veränderten Vielfältigkeitsstücken nicht gestatten, hat dies Einfluss auf die Weiterveräußerungsfähigkeit<sup>104</sup>. So ist gewährleistet, dass das Mono-

---

<sup>101</sup> Dies liegt schlicht daran, dass der Verkaufspreis von Computerprogrammen in der Regel wesentlich höher sein wird als der eines Buches.

<sup>102</sup> Um es plakativ auf den Punkt zu bringen: Der Wert eines Popmusiksongs oder auch –albums dürfte in der Regel nach spätestens einem Jahr nach Erstveröffentlichung so gering sein, dass sich ein Weiterverkauf kaum noch lohnt. Bei einem Computerprogramm oder auch einem hochpreisigen Computerspiel ist der Anreiz zum Wiederverkauf ungleich höher, u. a. wegen des höheren Preises und weil bei solchen die Nachfrage i. d. R. wesentlich länger andauernd.

<sup>103</sup> Siehe zu diesem Thema etwa Serexhe, Skizzen zum Systemwechsel des kulturellen Gedächtnisses in Klimpel/Euler (Hrsg.), *Der Vergangenheit eine Zukunft*, <http://irights-media.de/webbooks/dervergangenheiteinezukunft/chapter/skizzen-zum-systemwechsel-des-kulturellen-gedaechtnisses/>.

<sup>104</sup> In einer Gesamtschau kann man den o. g. Entscheidungen *UsedSoft* und *Allposters* des EuGH entnehmen, dass die Weiterveräußerung veränderter „Originalkopien“, also z. B. solcher, die in ein aktuelles Dateiformat konvertiert wurden, nicht zulässig ist. Der legitime Gebrauchtmakrt beschränkt sich danach auf den Handel der ursprünglich in den Verkehr

pol des Primärmarktes spätestens dann wieder auflebt, wenn alte Dateiformate nicht mehr genutzt werden können.

### **3.1.2.3. Sonstige Unterschiede zwischen der Software- und Branchen der Kulturwirtschaft?**

Es liegt auf der Hand, dass die Unterschiede zwischen z. B. der Film-, Musik-, Verlags- und Softwarebranche teils sehr groß sind. Fraglich ist jedoch, ob solche Unterschiede vorliegend relevant sind und zur Ungleichbehandlung von Software- und Unterhaltungsindustrie führen dürfen.

Eine umfassende ökonomische Untersuchung dieser Frage kann hier nicht erfolgen. Von offensichtlicher Relevanz sind etwaige Unterschiede in den Produktions- und Vermarktungskonstellationen jedenfalls nicht. Im Gegenteil: In Bezug auf die Frage, ob es den Rechteinhabern zugemutet werden kann, dass ihre Inhalte auf nachgelagerten Märkten ohne weitere Kontroll- und Kompensationsmöglichkeiten gehandelt werden dürfen, gilt ein zentrales Argument, das von der Art des Inhalts unabhängig ist. Wie der EuGH in der UsedSoft-Entscheidung erneut betont hat, ist der Kontrollverlust nach dem ersten In-Verkehr-Bringen aus Sicht der Verkehrsfähigkeit geboten und aus ökonomischer Sicht gerechtfertigt. Es steht dem Rechteinhaber frei, die hierdurch gegebenenfalls entstehenden Einkommenseinbußen durch die Preisgestaltung auf dem Primärmarkt zu kompensieren. Auch steht es ihm frei, Geschäftsmodelle zu realisieren, die Gebrauchtmärkte uninteressant machen oder ihnen gar die Grundlage zu entziehen.<sup>105</sup>

## **3.2. Zwischenergebnis**

Über die Frage, ob der Erschöpfungsgrundsatz in der InfoSoc-Richtlinie anders auszulegen ist als der Erschöpfungsgrundsatz in der Computerprogramm-Richtlinie, kann man rein rechtlich diskutieren. Aus rein tatsächlicher Sicht spricht jedenfalls nichts gegen, aber sehr viel für eine Gleichbehandlung der verschiedenen digitalen Güter. Es mag zwar viele Unterschiede zwischen der Software- und den kulturindustriellen Branchen geben. Im Lichte der UsedSoft-Entscheidung ergeben sich hieraus jedoch keine überzeugenden Argumente für eine Ungleichbehandlung in Bezug auf die digitale Weiterveräußerung. Die in dieser Entscheidung aufgestellten bzw. ver-

---

gebrachten Kopien, während veränderte Vervielfältigungsstücke, wie umgewandelte Dateien, nicht gehandelt werden dürfen.

<sup>105</sup> S. O.: Wenn Verbrauchern zunehmend interessante Service- und Abonnements-Modelle angeboten und diese angenommen werden, entfällt auch ihr Interesse an gebrauchten Kopien der Inhalte, die sie bereits im Rahmen ihrer Abonnements nutzen können. Zudem stellt sich bei kostenpflichtigen Diensten das Problem der Weiterveräußerung nicht, da die Inhalte nicht veräußert werden, sondern nur Zugang gegen Entgelt vermittelt wird.

# iRIGHTS



*law*

tieften Grundsätze sind unabhängig von etwaig unterschiedlichen Produktions- oder Vermarktungsmethoden oder sonstigen strukturellen Divergenzen anzuwenden.

Angesichts der vergleichbaren Interessenkonstellationen und der anhaltenden Rechtsunsicherheit beim Gebrauchthandel mit unkörperlichen kulturellen Gütern besteht ein erhebliches Bedürfnis, für diese eine gesetzliche Regelung zu schaffen, die im Ergebnis der Lösung des EuGH in Sachen UsedSoft entspricht.



## 4. Legislative Initiativen

Bevor hierfür im nächsten Abschnitt ein konkreter Vorschlag formuliert und näher begründet wird, soll im Folgenden kurz auf aktuelle Initiativen in diese Richtung auf europäischer und nationaler Ebene eingegangen werden.

### 4.1. EU-Ebene

Im Rahmen der in 2014/2015 bekannt gewordenen Pläne für eine große europäische Urheberrechtsreform ist das Problem der Weiterveräußerungsfähigkeit digitaler Güter im Grundsatz zumindest angesprochen worden.

Zum einen wurde eine diesbezügliche Frage im Rahmen der Konsultation zur Urheberrechtsreform gestellt, die die Kommission zwischen Dezember 2013 und März 2014 durchgeführt hat.<sup>106</sup>

Zudem findet das Thema Erwähnung in einem White Paper der EU-Kommission zum Urheberrecht vom Juni 2014.<sup>107</sup> Hier wird die Frage erörtert, ob der Erschöpfungsgrundsatz auch auf digitale Güter zu erstrecken sei. Als Gegenargumente werden bekannte und bereits dargestellte Argumente diskutiert, z. B. die mangelnde Alterung von Dateien oder wie gewährleistet werden könne, dass der Veräußerer keine Kopie des Werkes zurückbehalte.<sup>108</sup> Im Ergebnis erachtet die Kommission eine Neuregelung als „verfrüht“. Allerdings wird empfohlen, das Thema auf der Agenda zu belassen. Insbesondere sollten mögliche Entwicklungen im Bereich von Lizenzierungsmodellen und technologischen Innovationen im Auge behalten werden. Schließlich sei eine ausführliche Analyse der ökonomischen Konsequenzen einer Regelung auf die digitalen Märkte unabdinglich.<sup>109</sup> Bislang ist nicht bekannt, ob eine solche durchgeführt wurde oder ob dies bevorsteht. Auch ist generell noch nicht abzusehen, welche Themen die Kommission im Rahmen der Novellierungs-Initiative adressieren wird. In einer ersten Mitteilung über die „Digitale Agenda“ der EU-Kommission – in der auch die Pläne zur Modernisierung des Urheberrechts beschrieben werden – wird auf die digitale Erschöpfung jedenfalls nicht eingegangen.<sup>110</sup>

Auch in dem wegweisenden, im Juli 2015 mit großer Mehrheit vom EU-Parlament verabschiedeten, Bericht des Rechtsausschusses des Europäischen Parlaments (sog.

---

<sup>106</sup> Siehe hierzu den Abschlussbericht (Report on the responses to the Public Consultation on the Review of the EU Copyright Rules), S. 20 ff. Online verfügbar unter: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/consultations/2013/copyright-rules/docs/contributions/consultation-report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/copyright-rules/docs/contributions/consultation-report_en.pdf).

<sup>107</sup> European Commission, White Paper: A Copyright Policy for Creativity and Innovation in the European Union, Juni 2014, abrufbar unter <https://netzpolitik.org/wp-upload/White-Paper-EC-Copyright-Reform.pdf>.

<sup>108</sup> Ebd. S. 7.

<sup>109</sup> Ebd.

<sup>110</sup> Siehe [http://ec.europa.eu/priorities/digital-single-market/docs/dsm-communication\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/priorities/digital-single-market/docs/dsm-communication_de.pdf).

Reda-Report<sup>111</sup>) werden erweiterte Weiterveräußerungsbefugnisse nicht thematisiert. Obwohl es in diesem Bericht um die Evaluation der InfoSoc-Richtlinie geht, findet deren Art. 4 Abs. 2, in dem der Erschöpfungsgrundsatz geregelt ist, keine Erwähnung. Insofern ist wohl davon auszugehen, dass dem Thema bei den EU-Instanzen zum gegenwärtigen Zeitpunkt keine hohe Relevanz zugeschrieben wird.

## 4.2. Nationale Ebene

Am 18. Januar 2012 brachte die Fraktion der Linken einen Gesetzentwurf für die Einführung eines Weiterveräußerungsrechtes digitaler Güter in den Bundestag ein, der (leicht abgewandelt) auf den Vorschlag des Autors dieser Studie zurückgeht.<sup>112</sup> Begründet wurde die Initiative mit verbraucherschutzrechtlichen Erwägungen. So seien die in den allgemeinen Geschäftsbedingungen der Online-Händler vorgegebenen Vertragsgestaltungen „für Verbraucher häufig so intransparent (...), dass Letzteren die Problematik zum Zeitpunkt des Kaufes gar nicht bewusst wird“. Daher erscheine eine „gesetzliche Klarstellung (...) im Interesse der Rechtssicherheit aller Handelsteilnehmer dringend erforderlich“.<sup>113</sup>

Entsprechend wurde vorgeschlagen, einen neuen § 17a UrhG einzuführen und hierdurch eine generelle Veräußerungsbefugnis zu schaffen, „soweit dieser [der rechtmäßige Ersterwerber] keine weitere Vervielfältigung des veräußerten Werkexemplars zurückbehält.“ Die Formulierung ist sehr schlank gehalten. Sie bezieht sich nicht auf bestimmte Verwertungshandlungen oder auch nur auf den Erschöpfungsgrundsatz, sondern sieht ganz generell vor, dass Kopien von geschützten Werken, die rechtmäßig auf den Markt gebracht wurden, weiterveräußert werden dürfen. Welche Nutzungshandlungen in diesem Zuge vorgenommen werden müssen, ist hiernach ebenso irrelevant wie die Frage, ob das zu veräußernde „Vervielfältigungsstück“ körperlich oder unkörperlich ist.<sup>114</sup>

In der anschließenden Plenardebatte am 8. März 2012 wurde der Entwurf unter anderem dafür kritisiert, dass die Einführung eines Weiterveräußerungsrechtes eine „angemessene Preiskalkulation erschweren und so möglicherweise zu deutlich höheren Preisen führen würde“.<sup>115</sup> Zudem wurde dem Vorschlag unterstellt, er würde zu einem Verbot von kopierschützenden DRM-Maßnahmen führen, da ein Recht zur

---

<sup>111</sup> Vgl. den Entwurf vom Januar 2015: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+COMPARL+PE-546.580+02+DOC+PDF+V0//EN&language=EN>; sowie den vom Parlament beschlossenen Bericht: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2015-0209+0+DOC+XML+V0//DE>.

<sup>112</sup> So ausdrücklich auf S. 6 der BT-Drucksache 17/8377, <http://dipbt.bundestag.de/extrakt/ba/WP17/416/41689.html>. Der Hinweis bezieht sich auf meine Studie: „Verbraucherschutz im Urheberrecht“, Berlin 2011, [http://www.vzbv.de/sites/default/files/mediapics/urheberrecht\\_gutachten\\_2011.pdf](http://www.vzbv.de/sites/default/files/mediapics/urheberrecht_gutachten_2011.pdf).

<sup>113</sup> Ebd., S. 5.

<sup>114</sup> Die Begründung deckt sich im Wesentlichen mit meinen Ausführungen in: „Verbraucherschutz im Urheberrecht“, S. 107 ff., [http://www.vzbv.de/sites/default/files/mediapics/urheberrecht\\_gutachten\\_2011.pdf](http://www.vzbv.de/sites/default/files/mediapics/urheberrecht_gutachten_2011.pdf).

<sup>115</sup> Ansgar Heveling (CDU/CSU), Plenarprotokoll 17/165, S. 19694.

Weiterveräußerung nur auf diese Weise sichergestellt werden könnte.<sup>116</sup> Andere stellten bei ihrer Kritik den bereits analysierten Unterschied zwischen körperlichen und unkörperlichen Werkexemplaren in Bezug auf ihre Alterung in den Vordergrund. Zudem sei die Missbrauchsgefahr „offenkundig“, weil nicht kontrolliert werden könne, dass der Verkäufer keine Kopie zurückbehalten könne.<sup>117</sup> Nur in der analogen Welt sei ausgeschlossen, „dass ein weiterverkaufter Gegenstand gleichzeitig im Besitz des Verkäufers und des Käufers“ sei.<sup>118</sup> Zugleich wurde jedenfalls von der Bundestagsfraktion der Grünen ausdrücklich anerkannt, dass der Vorschlag „ein wichtiges Einzelproblem in der Diskussion um die dringend notwendige Modernisierung des Urheberrechts“ aufgreife.<sup>119</sup>

Der eingebrachte Gesetzentwurf wurde auf entsprechende Empfehlung des Rechtsausschusses<sup>120</sup> schließlich am 13. Juni 2013 mit den Stimmen der Regierungskoalition aus CDU/CSU und FDP bei Enthaltung der Fraktionen der SPD und der Grünen abgelehnt. Für das OLG Hamm, das in seinem Urteil auf die Gesetzesinitiative einging, beweist der Vorschlag der Fraktion der Linken selbst einerseits, dass es sich bei der Nichterstreckung des Erschöpfungsgrundsatzes auf unkörperliche Werkexemplare jedenfalls nicht um eine planwidrige Regelungslücke handeln könne.<sup>121</sup> Andererseits sei durch die Ablehnung der Initiative gezeigt worden, dass „der Gesetzgeber in Kenntnis dieser Situation keinen Handlungsbedarf dahingehend sah, heruntergeladene Multimedia-Dateien wie Gegenstände zu behandeln, die ein urheberrechtlich geschütztes Werk verkörpern, kurz, auch bei ihnen eine Erschöpfung des Verbreitungsrechts zu begründen“.<sup>122</sup>

---

<sup>116</sup> Ebd. Dabei schränkt der Gesetzentwurf den Schutz technischer Maßnahmen in keiner Weise ein. Im Gegenteil wird in der Begründung ausdrücklich darauf hingewiesen (S. 6): „Auch ist das Recht zur Herstellung von Vervielfältigungen im deutschen Urheberrechtsgesetz nicht durchsetzungsstark gegenüber technischen Schutzmaßnahmen ausgestaltet, welche ihrerseits Urheberrechtsschutz nach § 95a UrhG genießen. Rechteinhaber haben also unabhängig von einer Weiterveräußerungsbefugnis bereits die Möglichkeit, die Herstellung beliebig vieler Kopien zu verhindern.“

<sup>117</sup> Burkhard Lischka (SPD), a.a.O., S. 19694 f.; mit dem gleichen Einwand Konstantin von Notz (Bündnis 90/Die Grünen), a.a.O., S. 19697.

<sup>118</sup> Stephan Thomae (FDP), a.a.O., 19695; bereits erläutert wurde, dass dieses Argument angesichts moderner Vervielfältigungstechnologien auf einer unvollständigen Berücksichtigung der Realität beruht.

<sup>119</sup> Konstantin von Notz, a.a.O., S. 19697.

<sup>120</sup> Vgl. BT-Drucksache 17/13943 (12. Juni 2013), <http://dipbt.bundestag.de/extrakt/ba/WP17/416/41689.html>.

<sup>121</sup> OLG Hamm, a.a.O., Rz. 106.

<sup>122</sup> Ebd., Rz. 122.

## **5. Eigener Vorschlag für die Einführung einer allgemeinen Weiterveräußerungsbefugnis**

### **5.1. Generelle Anmerkungen**

Die Analyse im zweiten Abschnitt hat einerseits ergeben, dass derzeit ungewiss ist, ob unkörperliche Kopien von kulturellen Inhalten wie Musik- oder Filmdateien und E-Books weiterveräußert werden dürfen. Jedenfalls weigern sich die deutschen Gerichte, dies anzuerkennen bzw. den Tenor der UsedSoft-Entscheidung des EuGH auf diese Sachverhalte zu übertragen.

Nach der hier vertretenen Auffassung (siehe 2.5 und 3.) wäre dies jedoch geboten. Angesichts der anhaltenden Rechtsunsicherheit und der aus Verbrauchersicht unzumutbaren Rechtslage sowie des Umstands, dass nicht vorhersehbar ist, ob und wann, wann die höchsten deutschen und europäischen Gerichte abschließend entscheiden, erscheint eine gesetzliche Neuregelung angezeigt.

Da sich im Prinzip – abgesehen von der EuGH-Rechtsprechung, die nunmehr berücksichtigt werden sollte – nichts geändert hat, seit ich 2011 in meiner Studie „Verbraucherschutz im Urheberrecht“ einen Regelungsvorschlag entwickelt habe, basieren die nachfolgenden Ausführungen im Wesentlichen auf diesem Vorschlag<sup>123</sup>.

Alternativ wäre Folgendes denkbar. Der EuGH hat in der UsedSoft-Entscheidung klargestellt, dass sich auch aus dem geltenden Recht, hier: dem Erschöpfungsgrundsatz in der Computerprogramm-Richtlinie, eine Weiterveräußerungsbefugnis für unkörperliche Werkexemplare ableiten lässt. Die Entscheidung genügt zwar offensichtlich nicht, um Rechtssicherheit auch im Anwendungsbereich der InfoSoc-Richtlinie herzustellen. Bislang ist unklar, ob diese Richtlinie eine andere Regelung treffen wollte. Diese Unklarheit ergibt sich v. a. aus den unklaren und (wohl) missverständlichen Äußerungen in den Erwägungsgründen der InfoSoc-Richtlinie (v. a. EG 29). Wollte der europäische Gesetzgeber hieran etwas ändern, würde es im Zweifel genügen, im Zuge der Revision der InfoSoc-Richtlinie klarzustellen, dass die UsedSoft-Entscheidung auch für andere Werkarten Anwendung findet. Die missverständlichen und hiermit evtl. kollidierenden Erwägungsgründe wären in diesem Zuge neu zu formulieren.

Eine „richtige“ gesetzliche Lösung in Form einer konkret hierauf bezogenen Regel hätte dennoch allerhand Vorteile. Sie könnte die dogmatischen Schwächen der UsedSoft-Entscheidung eliminieren<sup>124</sup> und die dort statuierten Prinzipien und Anforderungen konkret normieren.

---

<sup>123</sup> Siehe dort S. 107 ff.

<sup>124</sup> Eine dieser Schwächen liegt darin, dass der EuGH seine Entscheidung mit einer erweiterten Auslegung des Erschöpfungsgrundsatzes begründet. Wie schon verschiedentlich in dieser Untersuchung ausgeführt wurde, geht es bei der

Eine solche Regelung zur allgemeinen Weiterveräußerungsbefugnis hätte, wie gesagt, nur bedingt etwas mit der Erschöpfung bestimmter Verwertungsrechte zu tun.<sup>125</sup> Sie müsste daher anders konstruiert sein als der geltende Erschöpfungsgrundsatz. Sollen die Interessen der Abnehmer durch eine allgemeine Weiterveräußerungsbefugnis wirksam gesichert und soll ermöglicht werden, dass auch unkörperliche Werkexemplare unabhängig von den jeweiligen technischen Vorgängen weiterveräußert werden können, dann darf die Regelung zum Beispiel nicht darauf abstellen, dass ein Vervielfältigungsstück durch Verbreitung oder unkörperliche Zugänglichmachung erworben wurde. Ebenso wenig darf entscheidend sein, ob im Zuge der Weiterveräußerung technisch bedingt weitere Kopien entstehen.

Statt derart detailliert auf bestimmte Verwertungsformen abzuheben, müsste eine die Interessen von Anbietern und Abnehmern in Einklang bringende Weiterveräußerungsbefugnis lediglich die folgenden generellen Gesichtspunkte regeln:

- (1) Der Erwerber darf ein rechtmäßig durch Kauf oder kaufähnliche Verträge zur dauerhaften Nutzung erworbenes Werkexemplar durch ebensolche Veräußerungsvorgänge dauerhaft einem Dritten überlassen.
- (2) Es kommt nicht darauf an, ob der Zweiterwerber das gleiche Vervielfältigungsstück erhält, das der Ersterwerber vom Anbieter bezogen hat („das Original“) oder eine Kopie. Wesentlich ist allein, dass der Veräußerer keine dauerhaft nutzbare eigene Kopie zurückbehält.<sup>126</sup>

Durch eine solche Regelung würde ein allgemeines Rechtsprinzip positivrechtlich geregelt, nach dem die Weiterveräußerung von Werkexemplaren unabhängig von der Art und Weise des ersten In-Verkehr-Bringens oder der Verkörperungsform zulässig ist. Abgesehen von der klaren Ausrichtung auf den Erwerberschutz wäre eine solche Regelung dem geltenden Erschöpfungsgrundsatz – jedenfalls im Ergebnis – sehr ähnlich.

---

„digitalen Weiterveräußerungsbefugnis“ jedoch nicht um die Erschöpfung von Rechten, sondern um einen im Prinzip unregelmäßig übertragenen Übertragungsakt. Eine Regelung, die klarstellen würde, dass dieser vom Urheberrecht nicht untersagt ist, wäre wichtig, um die notwendige Rechtssicherheit zu erzeugen.

<sup>125</sup> S. O., Abschnitt 2.6. Für eine digitale Weiterveräußerungsbefugnis bedarf es keiner Erschöpfung von Rechten. Es bedarf lediglich einer Regelung, die Weiterveräußerungen unabhängig von den in deren Zuge erfolgten Nutzungshandlungen (v. a. flüchtigen Kopien während des Überlassungsvorgangs) und der Art des Vervielfältigungsstücks unterscheidet. Zudem sollten hierin weitere wichtige Schutzmechanismen vorgesehen werden, z. B. gegen den vertraglichen Abschluss dieser Befugnis. Siehe hierzu sogleich.

<sup>126</sup> Die Unterscheidung zwischen „Original“ und „Kopie“ hat auf der Ebene digitaler Werkstücke keine Bedeutung. Schon der Ersterwerber erhält kein „Original“, er lädt sich eine eigene Kopie der auf dem Server des Anbieters liegenden Datei herunter. Ob diese Kopie oder eine Kopie dieser Kopie weitergegeben wird, ist unerheblich. Erheblich ist – v. a. für die ökonomischen Interessen der Rechteinhaber – lediglich, dass sich die Nutzungsmöglichkeiten durch die Veräußerung nicht vermehren. Dies wird gewährleistet, indem der Veräußerer keine Kopie zurückbehalten darf. Ein solcher Vorgang ist das Pendant zum „Besitzwechsel“ in der physischen Sphäre.

Auch beim Erschöpfungsgrundsatz handelt es sich nach der Rechtsprechung des BGH um ein allgemeines Rechtsprinzip zum Schutz der Verkehrsfähigkeit von Werkexemplaren. Aus dem dahinter stehenden Rechtsgedanken hat der BGH in seiner Parfümflakon-Entscheidung abgeleitet,<sup>127</sup> dass im Rahmen einer Weiterveräußerung üblicherweise notwendige Nutzungshandlungen auch dann von der Erschöpfungswirkung erfasst werden, wenn sie nicht unter das Verbreitungsrecht fallen, sondern es sich um Vervielfältigungen handelt.<sup>128</sup>

Die Einzelheiten der vorgeschlagenen Ausgestaltung des Weiterveräußerungsrechts für unkörperliche Werkexemplare werden im Folgenden detailliert erörtert.

### **5.1.1. Keine Erschöpfung des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung**

Eine allgemeine Weiterveräußerungsbefugnis für digitale Vervielfältigungsstücke bedingt keine Erschöpfung des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung an dem jeweiligen Werkexemplar. Sie verstößt daher auch nicht – wie oft eingewendet wird<sup>129</sup> – gegen Art. 3 Abs. 3 oder Erwägungsgrund 29 der Richtlinie 2001/29/EG. Der Ersterwerber benötigt für die Weiterveräußerung kein Recht der öffentlichen Zugänglichmachung und ist auch nicht auf dessen Erschöpfung angewiesen. Das jeweilige Werkexemplar wird im Zuge der Weiterveräußerung nicht „öffentlich zugänglich gemacht“, sondern mittels „Punkt-zu-Punkt-Übertragung“ von einem Nutzer zum anderen übermittelt.<sup>130</sup> Dieser Vorgang an sich ist, abgesehen von den hierbei entstehenden technischen Vervielfältigungen, urheberrechtlich nicht geregelt, daher bedarf es streng genommen gar keiner Regelung, die die Übertragung gestattet.<sup>131</sup>

Statt eine Erschöpfung des Recht der öffentlichen Zugänglichmachung vorzusehen, sollte in der Gesetzesbegründung zum Weiterveräußerungsrecht darauf hingewiesen werden, dass hierdurch weder der Erst- noch ein Nacherwerber das Recht erhält, die Werkkopie öffentlich zugänglich zu machen. Nicht nur dass hierfür kein Bedarf besteht, eine solche Befugnis würde auch unangemessen in das Urheberrecht eingrei-

---

<sup>127</sup> BGH GRUR 2001, 51.

<sup>128</sup> Im fraglichen Fall wollte der Inhaber der Rechte an einem urheberrechtlich geschützten Parfümflakon den – aufgrund des Erschöpfungsgrundsatzes ohne weiteres zulässigen – Weitertrieb desselben dadurch verhindern, dass er dem Anbieter dessen Abbildung (also eine Vervielfältigung) zu Werbezwecken untersagte. Der Hersteller verwies darauf, dass der Erschöpfungsgrundsatz für das Vervielfältigungsrecht gerade nicht gelte. Der BGH hat diesem Versuch, den Erschöpfungsgrundsatz faktisch auszuhebeln, mit folgender Begründung einen Riegel vorgeschoben: „Die gesetzliche Regelung in § 17 Abs. 2 UrhG ist Ausdruck des allgemeinen Rechtsgedankens, dass das Urheberrecht ebenso wie andere Schutzrechte gegenüber dem Interesse an der Verkehrsfähigkeit der mit Zustimmung des Berechtigten in Verkehr gesetzten Waren zurücktreten muss. Der zur Weiterverbreitung Berechtigte – hier der Verkäufer von Parfüm, das in einem urheberrechtlich geschützten Flakon abgefüllt ist – kann mit Hilfe des Urheberrechts nicht daran gehindert werden, die Ware anzubieten und im Rahmen des Üblichen werblich darzustellen, auch wenn damit eine Vervielfältigung nach § 16 Abs. 1 UrhG verbunden ist.“

<sup>129</sup> Siehe nur HansOLG BeckRS, 18231.

<sup>130</sup> Ebenso Grützmacher, ZUM 2006, 302, 305.

<sup>131</sup> S. o., Abschnitt 2.3. Dennoch sollte eine klarstellende Regelung geschaffen werden, um Rechtssicherheit zu schaffen.

fen. Dürfte die Kopie öffentlich zugänglich gemacht werden, könnte sie schließlich nicht nur vom Erwerber, sondern von jedermann genutzt werden.

Ist dies gewährleistet, würde eine Regelung auf nationaler Ebene, mit der eine solche allgemeine Weiterveräußerungsbefugnis gewährt wird, nicht gegen geltendes Recht der Europäischen Union verstoßen. Art. 3 Abs. 3 der InfoSoc-Richtlinie 2001/29/EG und Erwägungsgrund 29 schreiben lediglich vor, dass sich das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung nicht erschöpfen darf. Art. 4 Abs. 2 der InfoSoc-Richtlinie sowie Art. 4 Abs. 2 der Computerprogramm-Richtlinie 2009/24/EG bestimmen lediglich die Erschöpfung des Verbreitungsrechts. Daran würde sich nach dem vorliegenden Vorschlag nichts ändern. Die Vermiet- und Verleihrechtsrichtlinie 92/100/EWG wiederum schließt in Art. 1 Abs. 4 lediglich aus, dass sich das Vermietrecht erschöpft. Auch diese Vorgaben werden im Rahmen einer allgemeinen Weiterveräußerungsbefugnis nicht berührt, da sich diese lediglich auf die *dauerhafte* Überlassung des Werkexemplars – also nicht auf das Vermietrecht – bezieht.

Der gegenwärtige *acquis communautaire* des europäischen Urheberrechts enthält damit keine Vorgaben bezüglich der unkörperlichen Weiterveräußerung und der damit einhergehenden Nutzungshandlungen, von denen mit dem nachstehenden Vorschlag abgewichen würde. Da es sich bei der Regelung einer allgemeinen Weiterveräußerungsbefugnis um eine Fortschreibung der Grundgedanken handeln würde, auf denen das Erschöpfungsprinzip basiert, ergäben sich hieraus m. E. auch keine Kollisionen mit dem insoweit abschließenden Schranken katalog des Art. 5 der Richtlinie 2001/29/EG. Denn bei der Weiterveräußerungsbefugnis handelt es sich nicht um eine Schrankenbestimmung.

Obwohl hiernach eine rein deutsche Regelung möglich und ohne Verstoß gegen europarechtliche Vorgaben umsetzbar wäre, wäre eine europäische Lösung deutlich vorzugswürdig. Eine nationale Insellösung hätte zur Folge, dass die Weiterveräußerung nur innerhalb der hiesigen Grenzen zulässig wäre. Dies wäre aber im Angesicht grenzüberschreitender Märkte gerade im Online-Handel nicht zielführend. Zudem könnten sich hieraus Behinderungen des europäischen Binnenmarktes ergeben, die dann wiederum zu Kollisionen mit dem Recht der Europäischen Union führen würden.

### **5.1.2. Keine Beschränkung auf die Veräußerung des „Originals“**

Aufgrund der o. g. Besonderheiten digitaler Güter ist es – anders als bei der Erschöpfung des Verbreitungsrechts bei physischen Werkexemplaren – nicht sinnvoll, im Rahmen einer allgemeinen Weiterveräußerungsbefugnis auf die Veräußerung des „Originalwerkstücks“ abzustellen. Die Befugnis sollte sich vielmehr auf die (eine) Kopie eines Werkes beziehen, die der Veräußernde durch Kauf oder kaufähnliches Rechtsgeschäft rechtmäßig erworben hat. Dies setzt voraus, dass der Inhalt zur zeitlich unbegrenzten Nutzung gegen ein einmaliges Entgelt überlassen wurde.

Um den bei der physischen Weiterveräußerung vorhandenen Effekt des „Besitzwechsels“ zu erhalten, sollte – wie bereits beschrieben<sup>132</sup> – vorgegeben werden, dass der Ersterwerber seine eigene Kopie „unbrauchbar macht“ (siehe hierzu unten, Abschnitt 5.1.5). Auch dies ist nach der UsedSoft-Entscheidung des EuGH notwendig, um zu gewährleisten, dass die Veräußerung und anschließende Nutzung durch den Nacherwerber rechtmäßig vonstatten gehen kann.

### **5.1.3. Keine Beschränkung auf bestimmte Werkarten und Vertriebswege**

Die oben angeführten Argumente, die für die Einführung einer allgemeinen Weiterveräußerungsbefugnis sprechen, gelten unabhängig von der Art des erworbenen Werkes und dem Vertriebsweg, auf dem der Erwerber sein Werkexemplar erworben hat. Eine entsprechende Regelung sollte daher werkart- und technologieneutral ausgestaltet sein. Gründe, zwischen verschiedenen Werkarten und Branchen zu unterscheiden, sind nicht ersichtlich (s. o.).

Eine Regelung, die auch Computerprogramme erfasst, wäre dagegen angesichts der UsedSoft-Entscheidung, nicht erforderlich. Die wesentlichen Fragen wurden diesbezüglich unter Anwendung des geltenden Rechtsrahmens geklärt.

Angesichts des Umstands, dass für eine europäische Neuregelung sowohl für Computerprogramme als auch für andere Werkarten zumindest zwei Richtlinien geändert werden müssten, wäre eine alleinige Überarbeitung der InfoSoc-Richtlinie niederschwelliger und auch ausreichend.

### **5.1.4. Keine Nutzungsrechte auf Seiten des Zweiterwerbers erforderlich**

Würde eine allgemeine Weiterveräußerungsbefugnis eingeführt, wäre damit implizit klargestellt, dass der Zweiterwerber berechtigter Nutzer wird. Verwendet er das Werkexemplar bestimmungsgemäß, hört er sich also die Musik an oder liest das Buch, sind diese Handlungen auch dann erlaubt, wenn hierbei aus rein technischen Erfordernissen flüchtige Kopien entstehen. Ein Hinweis in den Erwägungsgründen, dass solche – ebenso wie die bei der Übertragung der Kopie im Rahmen des Veräußerungsvorgangs anfallenden flüchtigen Kopien – nach Art. 5 Abs. 1 der InfoSoc-Richtlinie (entspricht § 44a UrhG) gestattet sind, würde insofern genügen.

### **5.1.5. Schutz der Verwerterinteressen durch Pflicht zur Unbrauchbarmachung**

Damit die Vergleichbarkeit von körperlichen und unkörperlichen Veräußerungsvorgängen gewährleistet werden kann, erscheint es geboten, die Veräußerer von in un-

---

<sup>132</sup> S. o. Fn. 126.



körperlicher Form erworbenen Vervielfältigungsstücken zu verpflichten, die von ihm erworbene Kopie dieses Werkes im Falle einer Weiterveräußerung „unbrauchbar zu machen“.<sup>133</sup> Diese Pflicht müsste auch etwaige Zweit- und Sicherungskopien umfassen. Sinn und Zweck dieser Pflicht ist es, einen „Besitzerwechsel“ zu fingieren, wie er im physischen Verkehr bei der Weiterveräußerung erfolgen würde.

Auf diese Weise würde bei der unkörperlichen Übertragung derselbe Zustand erzielt, der nach einer Übereignung beweglicher Sachen entsteht, also der dauerhafte Verlust der Nutzungsmöglichkeit des Veräußerers/Ersterwerbers. Eine solche Vorgabe würde vor Missbrauch schützen und ist daher gerechtfertigt.

Bei der Ausgestaltung dieser Pflicht ist darauf zu achten, dass der Erwerberschutz hierdurch nicht unangemessen eingeschränkt wird. Gerechtfertigt und geboten ist lediglich, hierdurch ein „Abbild des physischen Verkehrs“ zu erzeugen. Da der Ersterwerber mehrere Vervielfältigungsstücke desselben Werkes besitzen kann, ist darauf zu achten, dass dessen Pflicht, „seine Kopie“ unbrauchbar zu machen, sich nicht auf „Kopien dieses Werkes“ generell erstreckt. Ansonsten könnte die paradoxe Folge entstehen, dass der Inhaber einer bei iTunes erworbenen Musikdatei diese nur weiterveräußern darf, wenn er gleichzeitig auch das CD-Album und die Schallplatte „unbrauchbar macht“, die er ebenfalls besitzt. Entsprechend ist im u. g. Gesetzesvorschlag vorgesehen, dass der Erwerber nur Kopien „dieses Vervielfältigungsstücks“ (also desjenigen, das er mit Zustimmung des Rechteinhabers in unkörperlicher Form erworben hat) unbrauchbar machen muss.

#### **5.1.6. Schutz des Rechteinhabers durch technische Schutzmaßnahmen**

Fraglich ist weiterhin, ob eine Einschränkung des Schutzes technischer Maßnahmen (Art. 6 InfoSoc-Richtlinie, §§ 95a ff. UrhG) notwendig ist, damit das neue Weiterveräußerungsrecht nicht ausgehebelt werden kann. Eine solche Maßnahme würde die durch ein Weiterveräußerungsrecht entfallenden Kontrollmöglichkeiten der Rechteinhaber auf nachgelagerte Märkte zumindest teilweise wieder herstellen.

##### **5.1.6.1. Technische Schutzmaßnahmen in der heutigen Realität**

In vielen Branchen setzen die Anbieter auch heute noch auf DRM- und Kopierschutzsysteme, um Nutzungsmöglichkeiten zu steuern und die durch ihre AGB auferlegten Nutzungsbeschränkungen faktisch durchzusetzen. Dies gilt z. B. für Teile des E-Book-Handels oder für Film-Downloaddienste. Es liegt auf der Hand, dass ein uneingeschränktes – auch für Kopiervorgänge im Zuge der Weiterveräußerung geltendes – Verbot, solche technischen Schutzmaßnahmen zu umgehen, zu erheblichen

---

<sup>133</sup> EuGH – UsedSoft, Rz. 70.

Beschränkungen der freien Weiterveräußerung führen kann. Beispielsweise könnte ein Kunde des Amazon Kindle-Store seine erworbenen E-Books allein deshalb faktisch nicht verkaufen, weil sie durch Kopierschutz- und DRM-Systeme geschützt sind. Das Weiterveräußerungsrecht hätte für sich genommen in solchen Fällen keinen Nutzen.

Diese Folge resultiert aus einem Zusammenspiel von technischen Beschränkungen und rechtlichem Schutz. Die technische Maßnahme verhindert faktisch die Weiterveräußerung, da sie z. B. Kopien verhindert. Diese Funktion wird wiederum durch ein Schutzrecht abgesichert: Nach geltendem Recht ist die Umgehung wirksamer technischer Schutzmaßnahmen ausnahmslos untersagt.<sup>134</sup> Selbst Umgehungshandlungen, die notwendig sind, um eine urheberrechtlich gestattete Nutzung vorzunehmen, z. B. um Befugnisse aus einer Schrankenbestimmung wie der Privatkopie in Anspruch zu nehmen, sind unzulässig. Eine gewisse Einschränkung ergibt sich lediglich aus § 95b UrhG, nach dem manche Schrankenbestimmungen „durchsetzungsstark“ sind. Hierzu zählen v. a. Regelungen, die Nutzungen erlauben, die im öffentlichen Interesse sind. Durchsetzungsstark sind z. B. Schranken, die Unterricht und Forschung oder der Justiz dienen. Die Privatkopieschranke oder das Zitatrecht gehören dagegen nicht zu den durchsetzungsstarken Schranken. Ohnehin erlaubt auch § 95b UrhG keine eigenhändige Umgehung technischer Schutzmaßnahmen. Die durch die durchsetzungsstarken Schrankenbestimmungen privilegierten Institutionen haben lediglich einen Anspruch gegen den Rechteinhaber auf Herausgabe der notwendigen Mittel, um die jeweilige Nutzungshandlung (zumeist Vervielfältigungen) vornehmen zu können.

In meinem Gesetzesvorschlag von 2011 habe ich vorgeschlagen, den Schutz technischer Maßnahmen zugunsten des Anbieterschutzes unangetastet zu lassen.<sup>135</sup> Schon dort wurde jedoch statuiert: „Dieser Umstand [dass durch die Kombination aus technischen Schutzmaßnahmen und deren Rechtsschutz Weiterveräußerungen rechtlich wie faktisch unmöglich gemacht werden können] greift ohnehin schon über Gebühr in die Erwerberinteressen ein...“.<sup>136</sup> Fraglich ist daher, ob eine Abkehr von der seinerzeitigen Haltung geboten erscheint. Tatsache ist, dass sich das Problem von technischen Schutzmaßnahmen aus Verbrauchersicht keineswegs abgeschwächt oder gar erledigt hätte. In vielen Branchen werden solche auch heute noch flächendeckend eingesetzt. Ändert man am Schutz technischer Maßnahmen in diesem Zuge nicht, könnte auch ein neu geschaffenes Weiterveräußerungsrecht – ebenso wie andere Schutzinstrumente des Verbraucherschutzes – zum zahnlosen Tiger verkommen.

---

<sup>134</sup> Siehe § 95a UrhG, der eine direkte Umsetzung von Art. 6 Abs. 1 der InfoSoc-Richtlinie darstellt.

<sup>135</sup> Siehe Verbraucherschutz im Urheberrecht, S. 112.

<sup>136</sup> Ebd. S. 113.

### 5.1.6.2. Schutz technischer Maßnahmen nach geltendem Recht

Viele wesentliche Fragen in Bezug auf den Schutz technischer Maßnahmen sind bis heute ungeklärt. Obwohl die InfoSoc-Richtlinie bereits 2001 verabschiedet wurde, ist beispielsweise noch immer fraglich, was dieser Schutz genau umfasst, wie weit er geht, auf welche Arten von Maßnahmen er Anwendung findet usw. Es gibt sehr wenig Rechtsprechung hierzu und die Auslegung der Gesetze ist angesichts der hochdynamischen technischen Entwicklung äußerst schwierig.

In der UsedSoft-Entscheidung hat sich der EuGH nicht ausdrücklich dazu geäußert, ob die Anbieter von Computerprogrammen Weiterveräußerungen durch technische Schutzmaßnahmen verhindern können. Auch hat er nicht entschieden, ob etwaig eingesetzte technische Schutzmaßnahmen umgangen werden dürfen, wenn es für die Weiterveräußerung notwendig ist.<sup>137</sup> Ohnehin wären Äußerungen zu dieser Thematik in einer Entscheidung, die den Schutz von Computerprogrammen betrifft, von geringer Aussagekraft für andere Werkarten. Gerade in Bezug auf den Schutz technischer Maßnahmen unterscheiden sich die InfoSoc- und die Computerprogramm-Richtlinie erheblich.<sup>138</sup>

So ist die Frage, wie sich der Schutz technischer Maßnahmen aus der InfoSoc-Richtlinie nach geltendem Recht zu einem neu geschaffenen Weiterveräußerungsrecht für unkörperliche Werkexemplare verhalten würde, derzeit kaum zu beantworten. Auch der EuGH-Entscheidung „Nintendo“ können diesbezüglich keine eindeutigen Schlüsse entnommen werden.<sup>139</sup> Immerhin hat sich EuGH in dieser Entscheidung, wohl erstmalig, ausführlicher mit dem Schutz technischer Maßnahmen aus Art. 6 der InfoSoc-Richtlinie beschäftigt. Er kam hier beispielsweise zu dem Schluss, dass der Schutz technischer Maßnahmen „nur für technische Maßnahmen gewährt [wird], die das Ziel verfolgen, die in Rn. 25 des vorliegenden Urteils genannten<sup>140</sup>, vom Inhaber eines Urheberrechts nicht genehmigten Handlungen in Bezug auf Werke zu verhindern oder zu unterbinden.“

---

<sup>137</sup> Der einzige Verweis auf technische Schutzmaßnahmen in der UsedSoft-Entscheidung betrifft die Frage, wie der Anbieter sicherstellen kann, dass der Ersterwerber im Veräußerungsfall seine Kopien unbrauchbar macht. In Rz. 79 heißt es: „Wie Oracle zutreffend ausführt, kann sich die Überprüfung, ob eine solche Kopie unbrauchbar gemacht worden ist, als schwierig erweisen. Jedoch steht der Urheberrechtsinhaber, der auf einem Datenträger wie einer CD-ROM oder einer DVD gespeicherte Programmkopien verbreitet, vor demselben Problem, da er kaum nachprüfen kann, ob der Ersterwerber nicht doch Programmkopien erstellt hat, die er nach dem Verkauf des materiellen Datenträgers weiterhin nutzen kann. **Zur Lösung dieses Problems steht es dem – „herkömmlichen“ oder „digitalen“ – Vertreiber frei, technische Schutzmaßnahmen, etwa Produktschlüssel, anzuwenden.**“

<sup>138</sup> Vgl. Kreutzer, Schutz technischer Maßnahmen und Durchsetzung von Schrankenbestimmungen bei Computerprogrammen, CR 2006, S. 812 ff.

<sup>139</sup> EuGH, Entscheidung v. 23.01.2014, Az. C-355/12, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=146686&pageIndex=0&doclang=DE&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=101848>.

<sup>140</sup> Siehe Rz. 31. Gemeint sind Nutzungshandlung, die dem Urheberrecht unterfallen, wie Vervielfältigungen, Verbreitungen, öffentliche Zugänglichmachungen etc.

Anders ausgedrückt: technische Schutzmaßnahmen, die (auch)<sup>141</sup> Handlungen unterbinden, die nach dem Urheberrecht freigestellt sind oder gar nicht in dessen Anwendungsbereich fallen, dürfen umgangen werden. Dies könnte beispielsweise auf Regionalcodes oder andere Marktstrukturierungssysteme zutreffen. Diese mögen zwar auch urheberrechtlich relevante Nutzungen wie z. B. Kopiervorgänge verhindern. In erster Linie dienen sie jedoch dazu, Märkte zu strukturieren und damit einem Zweck, der vom Urheberrecht nicht geschützt wird.

Ob eine Schutzmaßnahme vorrangig dazu dient, vom Urheberrecht nicht geregeltes Verhalten zu steuern und zu unterbinden, bleibt dabei eine schwierige Einzelfallfrage. Würde ein Weiterveräußerungsrecht geschaffen, könnte man argumentieren, dass die digitale Weiterveräußerung somit aus dem Schutzbereich des Urheberrechts ausgeschlossen würde. Eine technische Schutzmaßnahme, die die Weiterveräußerung verhindert, könnte unter dieser Prämisse u. U. nach der EuGH-Entscheidung Nintendo legal umgangen werden.

Diese Argumentation enthält jedoch eine Vielzahl von Unwägbarkeiten. Unsicher wäre insbesondere, wie simple Kopierschutzsysteme zu bewerten wären. Solche sollen eigentlich verhindern, dass der Nutzer beliebig viele Kopien macht und diese ungehindert verteilen kann. Der Umstand, dass durch den Kopierschutz auch die Weiterveräußerung verhindert wird, ist zunächst nur ein Nebeneffekt solcher Systeme.

Die meisten technischen Schutzmaßnahmen weisen solche Mehrfacheffekte auf. Das DRM-System des Amazon Kindle schützt gleichermaßen vor unzulässigen Kopien wie davor, E-Books an Dritte weiterzugeben. In der erstgenannten Funktion liegt ein legitimer urheberrechtlicher Zweck, daher kann man dem System den Umgehungsschutz schwerlich gänzlich aberkennen. Auch der Umstand, dass hierdurch auch die – nach Einführung des neuen Weiterveräußerungsrechts legitime – Übertragung des E-Books im Rahmen des Weiterverkaufs verhindert wird, führt noch nicht zwangsläufig dazu, dass der Umgehungsschutz entfällt. Schließlich handelt es sich lediglich um zwei Effekte derselben Funktion, die gleichermaßen legitime Schutzinteressen sichert und an sich erlaubte Handlungen verhindert. Eine generelle Antwort, wie mit solchen Fällen umzugehen ist, kann es nicht geben. Im Zweifel bedarf es, wenn es um den Rechtsschutz von multifunktionalen technischen Schutzmaßnahmen geht, stets einer Einzelfallklärung.

---

<sup>141</sup> Verhindert eine technische Schutzmaßnahme sowohl dem Urheberrecht unterfallende Nutzungshandlungen als auch solche, die nicht unter das Urheberrecht fallen, ist sie nur gegen Umgehung geschützt, wenn sie (auch) dazu geeignet ist, Interessen aus dem Urheberrecht zu schützen und über das hierfür Erforderliche nicht hinausgeht (EuGH, Rz. 31). Sind technische Lösungen ersichtlich, die zu geringeren Beeinträchtigungen oder Beschränkungen der Handlungen Dritter führen, dabei aber einen vergleichbaren Schutz für die Rechte des Betroffenen bieten könnten, geht die eingesetzte Maßnahme über das Erforderliche hinaus und ist nicht vor Umgehung geschützt. Vereinfacht ausgedrückt kann dem entnommen werden, dass überbordende technische Schutzmaßnahmen, die nicht nur urheberrechtlich relevante Nutzungshandlungen, sondern über Gebühr auch andere Verwendungsformen verhindern, nicht geschützt sind. Wo die Grenze zu ziehen ist, ist allerdings sehr schwer zu beurteilen.

### 5.1.6.3. Lösungsansätze

Dieses Ergebnis ist v. a. aus Verbrauchersicht unbefriedigend. Eine theoretische Möglichkeit, hier Abhilfe zu schaffen, läge darin, den Schutz technischer Maßnahmen gänzlich abzuschaffen. Auf diese Weise könnte auch eine Vielzahl anderer problematischer Effekte des Umgehungsschutzes eliminiert werden. Eine solche Maßnahme dürfte jedoch weder politisch durchsetzbar sein noch könnte sie ohne Weiteres von der EU oder den Mitgliedsstaaten beschlossen werden. Der Schutz technischer Maßnahmen ist durch internationale Urheberrechtsverträge (WCT und WPPT) vorgegeben, denen die EU und auch die meisten EU-Staaten beigetreten sind.

Als milderes Mittel denkbar wäre jedoch, mittels einer klarstellenden Formulierung im neu zu schaffenden Weiterveräußerungsrecht dafür zu sorgen, dass der Schutz technischer Maßnahmen nicht greift, wenn und soweit er die Weiterveräußerung beeinträchtigt. Das Resultat wäre, dass technische Schutzmaßnahmen, die ver- oder behindern, dass unkörperliche Werkkopien weiterverkauft werden, umgangen werden können. Eine solche Beschränkung würde die Rechteinhaber also nicht daran hindern, solche Systeme einzusetzen. Diese wären lediglich nicht gegen Umgehung geschützt.

Hierdurch würden die Interessen der Rechteinhaber m. E. nicht unzumutbar eingeschränkt. Zum einen wäre die Maßnahme erforderlich, um dem neu geschaffenen Weiterveräußerungsrecht zur Wirksamkeit zu verhelfen bzw. diese abzusichern. Eine solche Beschränkung des Schutzes technischer Maßnahmen wäre insofern ein notwendiger und konsequenter weiterer Schritt<sup>142</sup>. Auch stünde sie mit dem Regelungsgedanken in Einklang, der dem Schutz technischer Maßnahmen zugrunde liegt: Dieser soll – wie der EuGH in der Nintendo-Entscheidung deutlich hervorgehoben hat – nur dem Schutz des Urheberrechts dienen, nicht aber Handlungen verhindern (helfen), die das Urheberrecht bewusst freistellt.

Zum anderen wären die Rechteinhaber hierdurch, wie gesagt, nicht gehindert, effektive Systeme einzusetzen, die die Weiterveräußerung faktisch verhindern. Eine solche Einschränkung des Schutzes technischer Maßnahmen würde zudem Anreize schaffen, ausgefeilte Systeme zu entwickeln, die nicht pauschal jegliche Art der Verwendung – legitim oder illegitim – unterbinden, um den Umgehungsschutz nicht gänzlich zu gefährden. Dieser Effekt wäre ebenso wünschenswert wie der so geschaffene Anreiz für die Anbieter, von sich aus Weiterveräußerungen zu ermöglichen, die auf ihren Systemen und damit in kontrollierten Umgebungen vollzogen werden können.

---

<sup>142</sup> Umgekehrt wäre es höchst inkonsequent, ein allgemeines Weiterveräußerungsrecht einzuführen, ohne die Problematik von technischen Schutzmaßnahmen in diesem Zuge zu adressieren. Es macht schlicht keinen Sinn einerseits zu sagen, dass sich die Kontrollmöglichkeiten des Rechteinhabers mit dem Erstverkauf erschöpfen sollen, andererseits aber eben diese Kontrollmöglichkeit durch einen unbeschränkten Schutz technischer Maßnahmen gezielt zu fördern.

Schließlich würden die Rechteinhaber durch einen solchen Schritt nicht schlechtergestellt als beim Handel mit physischen Kopien<sup>143</sup>. Auch dort können (und sollen) technische Schutzmaßnahmen die Weiterveräußerung nicht verhindern. Kopierschutz- und DRM-Systeme sind schließlich nicht imstande, den Verkauf eines Buches auf dem Flohmarkt zu unterbinden.

Letztlich ist daher eine solche Einschränkung des Schutzes technischer Maßnahmen konsequente und notwendige Folge der Entscheidung, ein Weiterveräußerungsrecht für unkörperliche Kopien einzuführen.

#### **5.1.7. Schutz der Erwerberinteressen durch Ausschluss der Abdingbarkeit**

Neben technischen Schutzmaßnahmen würde ein Weiterveräußerungsrecht erheblich durch vertragliche Ausschlussklauseln (Weiterveräußerungsverbote) gefährdet. Ohne eine entsprechende gesetzliche Absicherung könnten und würden die Anbieter das Recht im Zweifel in vielen Fällen durch ihre Nutzungsbedingungen ausschließen. Das Weiterveräußerungsrecht verkäme damit zur Makulatur. Daher ist es essenziell, das Weiterveräußerungsrecht für unabdingbar zu erklären.

#### **5.2. Formulierungsvorschlag**

Der nachstehende Formulierungsvorschlag zielt auf eine Neuregelung in der zur Überarbeitung anstehenden InfoSoc-Richtlinie ab. Wie bereits beschrieben, hätte nur eine europäische Regelung den gewünschten Effekt, dass das Urheberrecht auch in Bezug auf den Handel mit unkörperlichen Werkexemplaren geöffnet würde. Auch würden so etwaige Kollisionen einer rein nationalen Regelung mit der geltenden oder zukünftigen Richtlinie vermieden. Da es sich bei dem Weiterveräußerungsrecht wie gesagt nicht um eine Erweiterung des geltenden Erschöpfungsgrundsatzes handeln würde, sondern eher um eine klarstellende Einschränkung des Schutzbereichs des Urheberrechts, wäre die Einführung eines neuen Artikels sinnvoll. Dieser könnte sich an die Regelung über die Schrankenbestimmungen, Art. 5, anschließen und wie folgt lauten:

#### **Art. 5a Weiterveräußerung von Werkexemplaren**

(1) Die Mitgliedstaaten sehen vor, dass Vervielfältigungsstücke eines geschützten Werkes, die vom Berechtigten im Gebiet der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäi-

---

<sup>143</sup> Auf diesen Vergleich hat auch der EuGH in der UsedSoft-Entscheidung verschiedentlich hingewiesen. So z. B. in der oben (Fn. 137) zitierten Formulierung.

schen Wirtschaftsraum<sup>144</sup> im Wege der Veräußerung in Verkehr gebracht wurden, vom rechtmäßigen Erwerber weiterveräußert werden dürfen, soweit der Erwerber das Vervielfältigungsstück bzw. sämtliche von diesem Vervielfältigungsstück hergestellten Vervielfältigungsstücke unbrauchbar macht.<sup>145</sup>

(2) Das Weiterveräußerungsrecht nach Abs. 1 besteht unabhängig davon, ob im Zuge der Weiterveräußerung das ursprünglich vom Rechteinhaber bezogene Vervielfältigungsstück oder ein hiervon hergestelltes weiteres Vervielfältigung übertragen wird, soweit die in Abs. 1 genannten Voraussetzungen erfüllt sind.

(3) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass das Schutzrecht nach Art. 6 dieser Richtlinie auf Weiterveräußerungsvorgänge gem. Absatz 1 keine Anwendung findet.

(4) Vertragliche Bestimmungen, die der Ausübung des Weiterveräußerungsrechts nach Abs. 1 entgegenstehen, sind unwirksam.

---

<sup>144</sup> Für den Fall, dass das Werkexemplar erstmals in unkörperlicher Form in Verkehr gebracht wird, ist auf den Ort abzustellen, an dem es erstmals vervielfältigt wurde. Dieser müsste sich innerhalb der EU oder des EWR befinden, so dass weiterhin Importe in diese Gebiete verhindert werden können; vgl. Wandtke-Bullinger-Grützmaker, § 69c, Rn. 32.

<sup>145</sup> Es ist notwendig, auf „dieses Vervielfältigungsstück“ abzustellen und nicht auf Vervielfältigungsstücke des Werkes allgemein, weil es ja durchaus denkbar ist, dass der Erwerber weitere Exemplare desselben Werkes besitzt, beispielsweise als Vinyl-LP und als mp3. Es kann selbstverständlich nicht gefordert werden, dass sich der Erstbesitzer bei der Weiterveräußerung auch aller anderen Werkstücke entledigt.

## **6. Ausländische Vorbilder für „digitale Gebrauchtplätze“ im Internet**

In den folgenden Abschnitten wird auf die Frage eingegangen, wie ein digitales Weiterveräußerungsrecht in der Praxis umgesetzt werden kann. Bislang sind hierfür nur wenige Fallbeispiele bekannt. Auch in anderen Teilen der Welt ist unsicher, ob unkörperliche Werkexemplare weiterveräußert werden dürfen. Entsprechend entstehen Marktplätze, auf denen solche Güter gehandelt werden können, nur sehr zögerlich. Allem voran bekannt sind die Gebrauchtplätze des niederländischen Anbieters Tom Kabinet sowie die US-Plattform ReDigi. Deren Bekanntheitsgrad ist auch und v. a. darauf zurückzuführen, dass sie in Aufsehen erregende Rechtsstreitigkeiten verwickelt waren, in denen die Frage der „digitalen Erschöpfung“ eruiert wurde. Auf beide Dienste wird in der weiteren Untersuchung verschiedentlich eingegangen, daher sollen sie anschließend kurz vorgestellt werden.

### **6.1. Tom Kabinet**

Die niederländische Plattform zum Weiterveräußern gebrauchter E-Books ging im Juni 2014 an den Start. Skeptikern begegnete das Unternehmen mit einem Hinweis auf die EuGH-Entscheidung im Fall UsedSoft. Im Moment kann man über Tom Kabinet E-Books nur erwerben, wenn man ein Abonnement abgeschlossen hat. Mitglieder dieses „Leseclubs“ werden ermuntert, eigene gebrauchte E-Books auf die Server des Unternehmens hochzuladen. Im Gegenzug können sie sich aus dem Angebot bedienen. Ein gebrauchtes E-Book kann zum Fixpreis von 1,75 Euro erworben werden, aber nicht mehr als sechs Bücher pro Monat. In mancher Hinsicht ähnelt das Modell dadurch eher einem Vermietsystem, als die Nutzer angehalten werden, gelesene gebrauchte Bücher anschließend erneut der Plattform zur Verfügung zu stellen. Nur E-Books im ePub-Dateiformat, die zudem nicht mit DRM-Mechanismen versehen sind, können auf die Server von Tom Kabinet hochgeladen werden. Das schließt sämtliche E-Books aus, die über Apples iBooks oder den Amazon Kindle-Store erworben wurden. Die Autoren der über Tom Kabinet vertriebenen gebrauchten E-Books erhalten vom Unternehmen 50 Cent für jedes ihrer Werke, das über die Plattform veräußert wird.<sup>146</sup>

### **6.2. ReDigi**

Das amerikanische Unternehmen ReDigi war der Pionier in diesem Segment, es ist seit Oktober 2011 am Markt. Bei ReDigi können Musikdateien weiterveräußert werden. Ein Teil jedes Veräußerungserlöses behält der Anbieter als Transaktionsgebühr ein. Im Jahr 2013 kosteten einzelne Musikdateien auf dem Gebrauchtplatz im

---

<sup>146</sup> Alle Informationen über <http://www.tomkabinet.nl/veel-gestelde-vragen>.



Schnitt 60 Cent. Einzeldownloads bei iTunes kosten im Vergleich durchschnittlich 99 Cent.<sup>147</sup> Anfang 2013 kündigte ReDigi an, nach Europa expandieren zu wollen. Wie Tom Kabinet berief man sich auf die UsedSoft-Entscheidung des EuGH. Aufgrund des Urteils sei die Rechtslage in Europa anders zu bewerten als in den Vereinigten Staaten.<sup>148</sup>

Dort wurde dem Anbieter am 30. März 2013 von einem New Yorker Gericht untersagt, den Dienst in seiner ursprünglichen Form anzubieten. Dieser sei mit dem US-Copyright nicht zu vereinbaren.<sup>149</sup> In der Begründung heißt es hierzu, dass das Geschäftsmodell von ReDigi sowohl das Verbreitungsrecht als auch das Vervielfältigungsrecht der Rechteinhaber verletze. Die Weiterveräußerungsvorgänge auf der Plattform seien nicht von dem US-Pendant des Erschöpfungsgrundsatzes (der sog. *first sale doctrine*) gedeckt, da dies auf digitale Werkstücke nicht anwendbar sei. Detailfragen darüber, ob ein Erwerber von einer Musikdatei deren Eigentümer wird oder lediglich einen Lizenzvertrag zur Nutzung abschließt, wurden nicht geklärt. Nach dem Gericht sei die Frage unerheblich. Jedenfalls werde rechtswidrig in das Vervielfältigungsrecht eingegriffen, da während des Veräußerungsprozesses technisch notwendig eine Kopie von der „Originaldatei“ angefertigt werden müsse.

Anstatt gegen das Urteil in Revision zu gehen, stellte ReDigi in der Folge sein System um (ReDigi 2.0). Ob die neue Version mit US-Recht in Einklang steht, ist unklar. Einen weiteren Rechtsstreit hat es offenbar jedenfalls bislang nicht gegeben.

---

<sup>147</sup> IPKat, ReDigi to Launch in Europe: what's the legal regulation of second-hand digital files?, 20. Januar 2013, <http://ipkitten.blogspot.de/2013/01/redigi-to-launch-in-europe-whats-legal.html>.

<sup>148</sup> Robert Cookson, ReDigi to open second-hand digital market, Financial Times, 17. Januar 2013, <http://www.ft.com/cms/s/0/74b33052-5e54-11e2-a771-00144feab49a.html#axzz3flC9wik2>.

<sup>149</sup> John Villasenor, Is It Illegal to Resell „Used“ Digital Music?, Slate, 3. April 2013, [http://www.slate.com/articles/technology/future\\_tense/2013/04/redigi\\_lawsuit\\_judge\\_rules\\_that\\_reselling\\_used\\_digital\\_music\\_is\\_illegal.html](http://www.slate.com/articles/technology/future_tense/2013/04/redigi_lawsuit_judge_rules_that_reselling_used_digital_music_is_illegal.html).

## 7. (Technische) Umsetzungsmöglichkeiten der rechtlichen Vorgaben an den Weiterverkauf

Nach dem in Abschnitt 5.2 unterbreiteten Regelungsvorschlag unterliegen rechtmäßige Weiterveräußerungen gewissen Vorgaben. Diese sind nur zulässig, wenn:

- zuvor rechtmäßig erworbene Kopien veräußert werden und
- der Veräußerer diese und alle hiervon hergestellten Kopien unbrauchbar macht.

Fraglich ist, wie gewährleistet werden kann, dass diese Vorgaben eingehalten werden. Diesbezüglich sind verschiedene Konstellationen und Verantwortlichkeiten zu unterscheiden. Zunächst richten sich die Vorgaben an die Weiterveräußerung an den Veräußerer. Er hat dafür Sorge zu tragen, dass er keine unzulässigen Kopien anbietet und muss seine eigenen Kopien nach Veräußerung löschen. Daneben trifft im Zweifel auch die Anbieter von Gebrauchtmärkten eine gewisse Verantwortlichkeit, für regelkonforme Weiterveräußerungsvorgänge zu sorgen bzw. rechtswidrige Transaktionen zu verhindern. Ansonsten könnten massive Haftungsfolgen drohen<sup>150</sup>.

Hinsichtlich der Veräußerungsvorgänge auf Basis eines allgemeinen Weiterveräußerungsrechts sind verschiedene Konstellationen denkbar. Ob und welche Sicherungsmaßnahmen sinnvoll sind, hängt stark von der jeweiligen Veräußerungssituation ab. Zu erwarten ist, dass individuelle Weiterveräußerungsvorgänge, die nicht über hierfür bestimmte Plattformen und Marktplätze vollzogen werden, zwar die Ausnahme sein, aber dennoch vorkommen werden.<sup>151</sup> Sicherungsmaßnahmen, die auch in solchen Konstellationen gewährleisten können, dass gegen die Regeln des Weiterveräußerungsrechts nicht verstoßen wird, müssen im Zweifel direkt in die auf dem Primärmarkt gehandelten Dateien implementiert werden. Ohne z. B. spezielle DRM-Systeme wäre kaum zu verhindern, dass sich die Dateien bei solchen Weiterveräußerungen nicht einfach „vermehren“.

Im Regelfall würden digitale Weiterveräußerungen dagegen über spezielle Marktplätze abgewickelt, wie sie in Form von ReDigi oder Tom Kabinett im Ausland bereits betrieben werden. Für solche Sicherungsmaßnahmen sind z. T. andere Ansätze denkbar.

Nachstehend werden einige denkbare Konzepte für solche Sicherungsmaßnahmen dargestellt.

---

<sup>150</sup> Wie weit diese Verantwortung der Plattformbetreiber geht, ist eine bislang ungeklärte Frage. Ihre Antwort hängt davon ab, ob sie sich auf Hostprovider-Privilegien berufen können, und wenn, welche Sicherungsmaßnahmen ihnen dennoch abverlangt werden können. Diese Thematik ist für den vorliegenden Kontext nicht relevant und wird daher nicht weiter vertieft.

<sup>151</sup> So ist denkbar, wenngleich praktisch im Zweifel nicht übermäßig relevant, dass einzelne Verkäufe über herkömmliche Marktplätze wie z. B. eBay oder gar per Direktübertragung außerhalb des Internets, vorgenommen werden.



## 7.1. Maßnahmen von Content-Providern

Den Anbietern von Inhalten stehen unterschiedliche Mittel zur Verfügung, um einen rechtskonformen Gebrauchthandel mit „ihrem“ Material zu sichern. Hierzu zählen zunächst rechtliche Maßnahmen wie v. a. entsprechende Formulierungen in den Nutzungsbedingungen und sonstigen AGB.

Solche können technisch durch Einsatz entsprechend angepasster DRM-Systeme unterstützt werden. Einzelne solcher Ansätze werden derzeit offenbar entwickelt. Die Anbieter scheinen sich dafür zu wappnen, dass früher oder später ein Umdenken auf politischer Ebene und/oder auf Seiten der Anbieter stattfindet. Im Einsatz sind diese indes derzeit noch nicht, sodass nur relativ wenig Informationen verfügbar sind. Anschließend werden zwei Praxisbeispiele für solche Systeme dargestellt.

### 7.1.1. Konzept eines Gebrauchtplatzes von Amazon

Ein im Januar 2013 angemeldetes Patent beschreibt Amazons Konzept eines Marktplatzes für gebrauchte digitale Güter.<sup>152</sup> Das System ist im Prinzip dem Verleihsystem für Kindle-E-Books nachgebildet, das Amazon in den Vereinigten Staaten bereits anbietet. Hier können die Käufer ihre DRM-geschützten E-Books an Freunde oder Verwandte „verleihen“, die ebenfalls im Kindle-Store registriert sind.

Die Nutzung von Inhalten bei Amazon ist an einen Cloud-Service gebunden. Es handelt sich um ein geschlossenes System. E-Books, Musikdateien oder andere Inhalte werden auf Amazons Servern in einem persönlichen Webspace des Käufers gespeichert. Zugang und Nutzung sind an diesen Account gebunden. Von dort kann der Kunde die Inhalte herunterladen oder – je nach Inhalt – streamen. Das macht Überlassungsvorgänge – wie den Verleih oder die Weiterveräußerung – sicher und gewährleistet, dass hierbei keine Regeln verletzt werden.

Während beispielsweise ein E-Book verliehen ist, kann der Erwerber selbst über sein eigenes Gerät oder seinen Computer nicht darauf zugreifen. Die Datei befindet sich zwar weiterhin auf seinen Geräten, aber ihm fehlt für die Dauer der Leihe die eigene Zugangsberechtigung und damit die Nutzungsmöglichkeit. An diesem Mechanismus setzt auch das Konzept für den Marktplatz für gebrauchte Güter an. Der Erwerber eines E-Books, einer Musikdatei oder Videos kann sein Recht, die betreffende Datei zu verwenden, gegen Bezahlung vollständig und endgültig an den Zweiterwerber übertragen. Wenn dies geschieht, so wird der jeweilige Inhalt im persönlichen Webspace zugänglich gemacht und simultan wird die Zugriffsmöglichkeit des Veräußerers unterbunden. Zwar werden lokale Kopien, die sich auf den Geräten des Ver-

<sup>152</sup>

Par-

ser?Sect1=PTO1&Sect2=HITOFF&d=PALL&p=1&u=%2Fnetacq/nph-  
95.PN.&OS=PN/8364595&RS=PN/8364595.

Vgl.

<http://patft.uspto.gov/netacq/nph->

äußerers befinden, nicht automatisch gelöscht. Sie verbleiben vielmehr dort, bis sich dieser selbst dazu entscheidet.

Da der Veräußerer jedoch die Datei nicht mehr aufrufen und nutzen kann,<sup>153</sup> ist sie für ihn im Sinne des Regelungsvorschlags „unbrauchbar“.

Das Beispiel zeigt, dass Weiterveräußerungsvorgänge in geschlossenen Systemen gut gesteuert und kontrolliert werden können. Regelverstöße sind hier kaum möglich, da sowohl Erwerb als auch Weiterveräußerung über dasselbe System abgewickelt werden. Nachteil solch geschlossener Systeme ist indes, dass Verbraucher hieran gebunden sind. Von der Möglichkeit, digitale Inhalte „frei weiterzuveräußern“, kann hier daher eigentlich nicht die Rede sein.

### **7.1.2. Konzept für ein DRM-System einschließlich Gebrauchtmarktplattform von Sony**

Anders als Amazon handelt Sony nicht selbst mit Inhalten. Der japanische Konzern ist vielmehr in der Technologieentwicklung tätig und bietet u. a. auch E-Book-Reader-Geräte an. Entsprechend ist deren Konzept offener und nicht auf ein eigenes, geschlossenes Einkaufs- und Weiterveräußerungssystem ausgerichtet. Vielmehr soll die Technologie in allen möglichen Apps, auf Lesegeräten und Plattformen eingesetzt werden können. Sony will zu diesem Zweck Programmierschnittstellen (SDKs) bereitstellen, mit denen das System in Fremdanwendungen implementiert werden kann.<sup>154</sup>

Konkret soll Sony Berichten zufolge an der Entwicklung eines „weichen“ DRM-Systems für E-Books arbeiten<sup>155</sup>. Dies soll neben rechtssicheren Verleihvorgängen auch regelkonforme Weiterveräußerungsmöglichkeiten für gebrauchte digitale Bücher sicherstellen.<sup>156</sup> Viele Details sind derzeit noch nicht bekannt<sup>157</sup>. Die wenigen bislang verfügbaren Informationen deuten jedoch darauf hin, dass der Ansatz dem in dem Amazon-Patent beschriebenen Konzept nicht unähnlich ist.

---

<sup>153</sup> Marcus Wohlsen, Amazon Wants to Get into the Used E-Books Business – or Bury It, Wired, 8. Februar 2013, <http://www.wired.com/2013/02/amazon-used-e-book-patent/>.

<sup>154</sup> Johannes Haupt, Sony will Verkauf „gebrauchter“ s ermöglichen, Lesen.net, 30. Oktober 2014, <http://www.lesen.net/ebook-news/sony-will-verkauf-gebrauchter-ebooks-ermoeglichen-15942/>.

<sup>155</sup> „Harte“ DRM-Systeme unterbinden Nutzungshandlungen und v. a. Kopiervorgänge meist vollständig. Ein Beispiel für ein solches System ist Adobe Digital Editions, das von vielen Verlagen und Händlern eingesetzt wird (siehe [https://de.m.wikipedia.org/wiki/Adobe\\_Digital\\_Editions](https://de.m.wikipedia.org/wiki/Adobe_Digital_Editions)). Seitdem eine Vielzahl technischer Probleme und Sicherheitslücken aufgedeckt wurden, steht das System erheblich in der Kritik (siehe z. B. <http://www.computerbase.de/2015-08/adobe-digital-editions-version-4-erscheint-in-einigen-laendern-mit-bloatware/>). „Weiche“ DRM-Systeme dienen demgegenüber einem differenzierten Rechtemanagement mit dem Ziel, dass legitime Nutzungsmöglichkeiten einerseits erhalten, rechtswidrige Nutzungen andererseits jedoch unterbunden werden.

<sup>156</sup> Johannes Haupt, Sony will Verkauf „gebrauchter“ eBooks ermöglichen, Lesen.net, 30. Oktober 2014, <http://www.lesen.net/ebook-news/sony-will-verkauf-gebrauchter-ebooks-ermoeglichen-15942/>.

<sup>157</sup> Ersten Berichten zufolge sollte das neue System bereits im Frühjahr 2015 angeboten werden. Dies hat sich offensichtlich jedoch nicht realisiert.

Auch Sony setzt anscheinend auf ein in den Veräußerungsvorgang zwischengeschaltetes Cloud-Speichersystem und eine Plattform. Mithilfe dieses Systems soll der Verkäufer in der Lage sein, die Datei auf das System (im Zweifel einen persönlichen Web-

space) des Erwerbers zu transferieren. Im Gegenzug verliert der Veräußerer seine Zugangsmöglichkeit zu der Datei und seine Kopien werden gelöscht.<sup>158</sup> Wie dies genau realisiert wird, wird im Zweifel erst bei Markteinführung bekannt gemacht. Berichten zufolge stößt das System bei Verlagen bereits jetzt auf großes Interesse.<sup>159</sup>

Das Sony-System ist viel versprechender Ansatz für ein weiches, von einzelnen Anbietern unabhängiges format- und geräte-übergreifendes, DRM-System. Treffen die Ankündigungen zu, könnte hiermit eine rechtssichere und regelkonforme Umsetzung des hier skizzierten Weiterveräußerungsrechts realisiert werden. Das System kann dabei offenbar sowohl von den Verlagen als auch von E-Book-Händlern sowie von Anbietern von Gebrauchtmärkten und anderen Akteuren eingesetzt werden. Hierin läge eine Alternative zu den derzeit weit verbreiteten „harten“ DRM- und Kopierschutz-Lösungen, die in der Regel jede Art der Weitergabe verhindern.

### **7.1.3. Wasserzeichen und Rechte registrierungssysteme**

Wasserzeichentechnologien sind Formen des weichen DRM. Genau genommen regulieren sie die Nutzung nicht, indem sie einzelne Nutzungsformen unterbinden. Vielmehr sollen sie davor abschrecken, rechtswidrige Nutzungshandlungen vorzunehmen, indem sie solche nachvollziehbar machen. Wasserzeichentechnologien sind in vielfältiger Form auf dem Markt verfügbar.<sup>160</sup>

Ein auf neuesten technologischen Ansätzen basierendes System bietet das Unternehmen Ascribe.<sup>161</sup> Deren Technologie versieht die digitalen Werkstücke zunächst mit einer Art Wasserzeichen, die den Urheber und den legitimen Eigentümer der Kopie bezeichnen. Im Gegensatz zu traditionellen Wasserzeichen setzt dieses System zudem auf das Prinzip der „Blockchain“ oder „Blockkette“, auf dem auch die „virtuelle Währung“ Bitcoin basiert.<sup>162</sup> Die Blockchain dient als eine Art öffentlich einsehbares Bestandsbuch oder Register, in dem nicht nur die Urheberschaft eines Werkes eingetragen ist, sondern auch sämtliche Transaktionen jeder einzelnen Kopie des Werkes.

---

<sup>158</sup> Michael Kozlowski, Sony Developing New DRM to Make Used eBooks Viable, Good Reader, 10. November 2014, <http://goodereader.com/blog/e-book-news/sony-developing-new-drm-to-make-used-ebooks-viable>. Nate Hoffelder, Sony to Launch New eBook DRM in April, The Digital Reader, 15. Januar 2015, <http://the-digital-reader.com/2015/01/15/sonys-new-ebook-drm-show-april/>.

<sup>159</sup> Johannes Haupt, Sony will Verkauf „gebrauchter“ eBooks ermöglichen, Lesen.net, 30. Oktober 2014, <http://www.lesen.net/ebook-news/sony-will-verkauf-gebrauchter-ebooks-ermoeglichen-15942/>.

<sup>160</sup> Siehe zu einem Beispiel für den E-Book-Bereich: <http://www.e-book-news.de/ebook-drm-server-digitales-wasserzeichen-auch-fuer-self-publisher-interessant/>.

<sup>161</sup> <https://www.ascribe.io/>.

<sup>162</sup> Eine Erklärung der Prinzipien und grundlegenden Funktionsweise findet sich unter <https://bitcoin.org/de/wie-es-funktioniert>.

Da dieses Register nahezu fälschungssicher ist, wird die Erstellung unerlaubter Kopien erschwert. Denn jeder Datei ist (verschlüsselt) eingeschrieben, wer sie auf legitimen Wege erworben hat und daher besitzen darf. Wird die Datei vom Erwerber weiterveräußert, dann wird der Käufer als neuer Eigentümer im Register eingetragen, und die Blockchain verlängert sich insoweit. Wird versucht, dieselbe Kopie ein zweites Mal an einen weiteren Nutzer zu veräußern, dann wird das unmittelbar durch das lückenlose Register erkannt und so faktisch unmöglich gemacht.<sup>163</sup> Die Abschreckungswirkung einer solchen Technologie dürfte enorm sein. Wird sie zudem in Überwachungssysteme implementiert, könnten unzulässige Mehrfachübertragungen im Zweifel gänzlich verhindert werden.

Der Nachteil an diesem System ist, dass seine Implementierung für den Massenmarkt mit E-Books und Musikdateien sehr aufwändig wäre. Jedes einzelne Werk müsste zunächst registriert werden, um anschließend den Weg veräußerter Kopien (vom Rechteinhaber zum Ersterwerber und anschließend an jeden weiteren Käufer) überwachen zu können. Aus diesem Grund ist das Modell zunächst in erster Linie auf den Nischenmarkt digitaler Kunstwerke zugeschnitten.<sup>164</sup> Allerdings arbeitet auch bereits ein größerer Online-Marktplatz für digitale Fotografie mit dem Unternehmen zusammen.<sup>165</sup>

## 7.2. Maßnahmen von Anbietern von Gebrauchtmärkten

Auch den Anbietern von Märkten für gebrauchte digitale Güter steht eine Reihe von Maßnahmen zu Gebote, um regelkonforme Weiterveräußerungen zu gewährleisten. Im Folgenden sollen beispielhaft die – sehr unterschiedlichen – Ansätze des niederländischen Anbieters Tom Kabinet und des US-Marktplatzes ReDigi dargestellt werden.

### 7.2.1. Sicherungsmaßnahmen bei Tom Kabinet

Tom Kabinet macht es sich bei der Verhinderung rechtswidriger Weiterveräußerungsvorgänge sehr – womöglich zu – einfach<sup>166</sup>. Der Anbieter setzt offenbar auf die Ehrlichkeit seiner Nutzer und – im Zweifel – auf den eigenen Schutz durch Haftungsprivilegien.

---

<sup>163</sup> Auf diese Weise wird verhindert, dass derselbe Bitcoin zweimal als Zahlungsmittel verwendet werden kann. Es ist damit die Grundlage des Währungssystems.

<sup>164</sup> Für ausführliche Erklärung des Modells vgl. Trent McConaghy/David Holtzman, Towards an Ownership Layer for the Internet, 24. Juni 2015, <https://www.ascribe.io/art/piece/1iYjGaiKPSm3uw3bqZoTWBEkJOCaPHM4L/>.

<sup>165</sup> Vgl. ebd., S. 27 f.

<sup>166</sup> Wie oben beschrieben, haben sich die Betreiber von Tom Kabinet bei der Konzeption ihrer Plattform an den Maßgaben der UsedSoft-Entscheidung orientiert. Sie gehen damit offenbar auch von einer Löschungspflicht durch den Veräußerer aus. Anscheinend gehen sie als Plattformbetreiber von einer geringen eigenen Verantwortung aus, die Veräußerer zu regelkonformem Verhalten zu zwingen bzw. Verstöße zu unterbinden. Ob die Gerichte dies auch so sehen, bleibt abzuwarten.

Technische Maßnahmen, die sicherstellen würden, dass keine „Raubkopien“ verkauft oder dass die Dateien vom Veräußerer gelöscht werden, sieht die Plattform nicht vor. Tom Kabinet beschränkt sich auf eine simple Abfrage bei den Nutzern. Diese müssen per Checkbox bestätigen, dass sie die zu verkaufenden E-Books legal erworben haben, und zudem, dass der Veräußerer seine Kopien im Zuge des Verkaufs löscht.<sup>167</sup> Darüber hinaus werden die auf den Servern von Tom Kabinet im Zuge des Weiterveräußerungsvorgangs gespeicherten E-Books mit digitalen Wasserzeichen versehen. Damit soll verhindert werden, dass dieselbe Datei zweimal über die Plattform zum Weiterverkauf angeboten werden kann.<sup>168</sup>

Im Anschluss an das Urteil in der Berufungsinstanz, das zuungunsten von Tom Kabinet ausgegangen war, kündigte dessen Mitgründer Marc Jellema zudem an, künftig von Nutzern Beweise anhand von Kaufbelegen oder Ähnlichem zu verlangen, um sicherzustellen, dass nur legal erworbene E-Books angeboten werden.<sup>169</sup> Dabei räumte er jedoch selbst ein, dass es keine Methode gebe, die dies hundertprozentig sicherstellen könne.

Bei einem solchen Ansatz ist es nicht möglich, unzulässige Weiterveräußerungen effektiv zu unterbinden. Die Verantwortung liegt allein beim Veräußerer, ihre Realisierung wird technisch weder erzwungen noch kontrolliert.

### 7.3. Der Ansatz von ReDigi

Die technischen Sicherungssysteme von ReDigi sind wesentlich ausgefeilter. Nach dem o. g. Rechtsstreit hat der Anbieter sein System weiterentwickelt, um erneute Verurteilungen zu vermeiden.

Schon in seiner ersten Version versuchte ReDigi zu gewährleisten, dass nur legal erworbene Musikdateien gehandelt werden können. Um dies sicherzustellen, wurden die angebotenen Dateien durch einen Algorithmus überprüft. Dieser kann offenbar – so jedenfalls der Anbieter – nicht nur die Herkunft der Dateien bestimmen (also, wo sie erworben wurden), sondern auch „Original“ von Kopie unterscheiden. Gehandelt werden konnten im Übrigen nur Dateien, die der Nutzer bei ReDigi selbst oder bei iTunes erworben hatte.<sup>170</sup> Andere Dateien, die beispielsweise über den Download-Shop von Amazon bezogen wurden, von CD „gerippte“ Musik-Files oder Kopien, die der Nutzer durch lokale Kopiervorgänge selbst erzeugt hat, sind vom Handel über ReDigi ausgeschlossen.<sup>171</sup>

---

<sup>167</sup> Loek Essers, Dutch e-book resale site has to close for now, court rules, PC World, 20. Januar 2015, <http://www.pcworld.com/article/2872592/dutch-ebook-resale-site-has-to-close-for-now-court-rules.html>.

<sup>168</sup> David Meyer, Secondhand ebook outfit Tom Kabinet races to purge illegal wares, GigaOM, 21. Januar 2015, <https://gigaom.com/2015/01/21/secondhand-ebook-outfit-tom-kabinet-races-to-purge-illegal-wares/>.

<sup>169</sup> Ebd.

<sup>170</sup> <http://newsroom.redigi.com/about/>.

<sup>171</sup> Als Grund gab ReDigi an, dass Amazon den Weiterverkauf von Musikdateien in seinen Nutzungsbedingungen ausdrücklich untersagt, iTunes hingegen nicht. Siehe hierzu: Matthew Lasar, Selling used iTunes tracks? ReDigi insists it's

Bis zur Änderung des Modells aufgrund des Rechtsstreits (s. o.) verlief der Prozess wie folgt: Wenn ein Nutzer eine zum Verkauf freigegebene Datei veräußerte, wurde sie von ReDigi's Software auf die Server des Unternehmens hochgeladen. Im gleichen Zuge wurden sämtliche auf der Festplatte des Nutzers und allen an dessen Computer angeschlossenen Geräten (wie mp3-Player oder Tablet-Computer) verbleibenden Kopien automatisch gelöscht. Bis zum eigentlichen Verkauf konnte der Nutzer weiterhin auf die Datei auf dem Server zugreifen und sie von dort streamen. Die Nutzungsmöglichkeit blieb also erhalten, bis die Veräußerung vollzogen war. Erst mit vollzogenem Verkauf wurde der Zugang zum Stream ebenfalls gesperrt. Eine solche Methode wäre auch nach dem hier vorgeschlagenen Ansatz zulässig, da die Pflicht zum Unbrauchbarmachen - natürlich - erst mit Veräußerung entsteht.

Wie beschrieben änderte ReDigi in Reaktion auf die Verurteilung durch das New Yorker Gericht sein System und präsentierte ReDigi 2.0.

Im Zuge dieser Umstellung wurde dem Unternehmen am 7. Januar 2014 ein Patent für eine neue Technologie zugesprochen, die es ermöglichen soll, eine Datei zu übertragen, ohne dass während des Vorgangs Kopien von der Datei entstehen.<sup>172</sup> Anstatt also eine Kopie anzufertigen und die „Originaldatei“ anschließend zu löschen – wie es auch die oben genannten Ansätze von Amazon etc. vorsehen – wird die zu verkaufende Datei „Bit für Bit“ auf den Server von ReDigi übertragen, sodass ausgeschlossen ist, dass jemals zu einem bestimmten Zeitpunkt während des Vorgangs zwei – vollständige oder auch nur teilweise – Kopien derselben Datei existieren. Das hat auch zur Folge, dass die Ausgangsdatei simultan mit der Übertragung unbrauchbar wird. Entstehen bei der Übertragung Fehler und wird die Datei z. B. unbrauchbar, weil die Stromversorgung des übertragenden Computers oder die Internetverbindung zusammenbricht, steht ReDigi dafür ein.<sup>173</sup>

ReDigi 2.0 zeichnet sich danach durch drei zentrale Komponenten aus:

- (1) Ein Mechanismus, der jede hochgeladene Datei dahingehend überprüft, ob sie vom Nutzer legal erworben worden war („Verification Engine“)

---

legal, Ars Technica, 23. Januar 2012, <http://arstechnica.com/tech-policy/2012/01/used-digital-music-file-seller-no-copying-here-almost/>.

<sup>172</sup>

<http://patft.uspto.gov/netacgi/nph->

Par-

ser?Sect1=PTO1&Sect2=HITOFF&d=PALL&p=1&u=%2Fnetacgi/nph-PTO%2Fsrchnum.htm&r=1&f=G&l=50&s1=8627500.PN.&OS=PN/8627500&RS=PN/8627500.

<sup>173</sup> Nach Auskunft des Gründers von ReDigi sehen die allgemeinen Geschäftsbedingungen des Unternehmens für diesen Fall vor, dass dem Nutzer die „Originaldatei“ auf Kosten von ReDigi ersetzt wird; vgl. Matt Peckham, ReDigi CEO Says the Court Just Snatched Away Your Right to Resell What You Legally Own, Time, 25. April 2013, <http://techland.time.com/2013/04/25/redigi-ceo-says-the-court-just-snatched-away-your-right-to-resell-what-you-legally-own/>.



- (2) Ein Mechanismus, der Dateien Bit für Bit überträgt, ohne eine Kopie anzufertigen („Atomic Transaction“)
- (3) Eine Software, die dem Verkäufer dabei hilft, alle noch vorhandenen Versionen der zu verkaufenden Datei von den eigenen Systemen zu entfernen („Removal and Monitoring Mechanism“).<sup>174</sup>

Mit einem solchen System sollte ReDigi – einwandfreie Funktion vorausgesetzt – den Anforderungen, die an einen Anbieter einer digitalen Gebrauchtmartplatzes bei der Umsetzung des Weiterveräußerungsrechts gestellt werden können, ohne Weiteres Genüge tun.<sup>175</sup>

#### **7.4. Einordnung und Zwischenfazit**

Bereits heute sind vielfältige Mittel verfügbar oder in Entwicklung, mit denen eine rechtssichere Umsetzung des digitalen Weiterveräußerungsrechts ermöglicht werden könnte. Anbieter wie ReDigi haben konkrete Systeme bereits im Einsatz. Große Reseller wie Amazon oder Technologie-Unternehmen wie Sony haben solche Systeme zumindest bereits konzipiert und können sie im Zweifel in kurzer Zeit zur Marktreife bringen.

---

<sup>174</sup> Vgl. Digital Journal, ReDigi, Inc. Awarded Significant U.S. Patent, 29. Januar 2014, <http://www.digitaljournal.com/pr/1707208#ixzz3cZwLsFDz>.

<sup>175</sup> Zu bedenken ist schließlich, dass der Anbieter der Plattform in seiner Eigenschaft als Host-Provider nicht vollumfänglich verantwortlich dafür ist, dass auf seinen Systemen keine Rechtsverletzungen stattfinden. Selbst die strenge Rechtsprechung des BGH zu Filehostern, die im Hinblick auf massenhafte Urheberrechtsverletzungen als besonders gefährlich eingestuft werden, sieht einen derart weit gehenden Verantwortungsmaßstab nicht vor (BGH, Urteil vom 12. Juli 2012, Az. I ZR 18/11 – Alone in the Dark, siehe <http://openjur.de/u/555292.html>). Ein Gebrauchtmartplatz für unkörperliche Vervielfältigungsstücke würde sich hiervon - soweit die digitale Weiterveräußerung erlaubt würde – deutlich unterscheiden, da er an sich nur auf legale Handlungen ausgerichtet wäre.

## **8. Bedarf nach einer Weiterveräußerungsmöglichkeit für digitale Güter aus Sicht der Verbraucherinteressen**

### **8.1. Erkenntnislage und Erkenntnisgewinn**

Ob Verbraucher ein digitales Weiterveräußerungsrecht wahrnehmen bzw. hieran überhaupt ein Interesse haben, ist eine schwierige Frage. Repräsentative empirische Studien hierzu scheint es kaum zu geben. Die ersichtlich einzige Erhebung zu konkret dieser Frage enthält der „Verbrauchermonitor 2015 Baden-Württemberg“.<sup>176</sup> Dabei handelt es sich um eine repräsentative Verbraucherumfrage, die im Auftrag des Ministeriums für Ländlichen Raum und Verbraucherschutz Baden-Württemberg von der Gesellschaft für Konsumforschung (GfK) durchgeführt wurde. Immerhin rund 77 % der befragten Verbraucher zeigten sich hierin am digitalen Weiterverkauf interessiert.<sup>177</sup>

Der Umstand, dass über den Bedarf oder Wunsch nach digitalen Weiterveräußerungsmöglichkeiten wenig konkrete Erkenntnisse vorliegen, spricht weder für noch gegen deren praktische Relevanz. Ohnehin kann solchen Untersuchungen allenfalls ein allgemeines und eher vages Stimmungsbild entnommen werden. Eine eigene Einschätzung über ein Bedürfnis für eine Sache, eine Dienstleistung oder auch ein Recht abzugeben, die oder das es nicht gibt, ist schwierig. Einerseits werden Bedarfe häufig erst durch Angebote geweckt. Andererseits hängt die Frage, ob man von einer bestehenden Möglichkeit Gebrauch machen würde, stark davon ab, was man hierfür tun muss, welcher Mittel man sich bedienen kann und wie groß der Aufwand hierfür ist.

Bei einer Verbrauchererhebung die Frage zu stellen, ob es erlaubt sein sollte, digitale Werkstücke weiterzuveräußern, mag noch gewisse Rückschlüsse auf die Haltung der Konsumenten ermöglichen. Im Zweifel werden die Antworten jedoch eher von einem allgemeinen „Gerechtigkeitsgefühl“ geleitet sein als von einem tatsächlichen Bedürfnis.

Die für die Relevanz des Themas eigentlich entscheidende Frage, ob Verbraucher von einem solchen Recht auch konkret Gebrauch machen und ihre Dateien zum Verkauf anbieten würden, würde dagegen m. E. kaum zu validen Erkenntnissen führen. Denn dies hängt vornehmlich davon ab, wie komfortabel hierfür zu nutzende Dienste funktionieren, wie gut sie in das sonstige Nutzerverhalten integriert werden und vie-

---

<sup>176</sup> Siehe <http://www.verbraucherportal-bw.de/Lde/Startseite/Forschung/Umfragen>.

<sup>177</sup> Gefragt wurde konkret: : „Nehmen Sie bitte einmal an, es gäbe eine unkomplizierte, legale Möglichkeit, nicht mehr benötigte digitale Produkte wie gewöhnliche Waren, also wie z.B. gedruckte Bücher oder Musik-CDs, wieder zu verkaufen. Voraussetzung wäre, dass Sie keine Kopien für sich behalten könnten, also die Produkte auch nicht mehr selbst nutzen könnten. Wie wahrscheinlich wäre es, dass Sie diese Möglichkeit nutzen?“ Rund 7 % der Befragten antworteten hierauf mit „ganz sicher“, rund 31% mit „ziemlich wahrscheinlich“ und 39 % mit „vielleicht“. Nur 5 % lehnten dies geradeheraus ab („auf keinen Fall“).

les mehr. Gerade bei Vermögensgegenständen, deren Wiederverkaufswert im Einzelnen sehr gering ist – wie bei einzelnen Musikdateien oder E-Books – sind Komfortaspekte für die Akzeptanz von großer Bedeutung.

Ein Beispiel: Wäre die Weiterveräußerung von E-Books aus dem Kindle-Store derart in die Systemsoftware integriert, dass der Nutzer, nachdem er ein Buch ausgelesen hat, unmittelbar gefragt wird, ob er es zum Verkauf anbieten will, würden hiervon im Zweifel relativ viele Nutzer Gebrauch machen. Wäre die gleiche Funktion dagegen im Betriebssystem versteckt, schwer zugänglich und müssten hierfür Daten eingegeben und viele Klicks getätigt werden, wäre das Interesse wohl wesentlich niedriger.

Ein weiteres Beispiel: Könnte man beispielsweise bei iTunes ganze Alben oder gar thematische Sammlungen über eine leicht bedienbare Funktion verkaufen, würde sie im Zweifel gut angenommen. Könnten dagegen nur Einzeltitel verkauft, müssten Sammlungen mühsam angeklickt werden usw., bliebe sie vermutlich weitgehend ungenutzt.

Kurzum: Die einzig zutreffende Antwort auf die Frage, ob man Dateien weiterveräußern würde, wenn man es dürfte, müsste lauten: Kommt drauf an. Entsprechende Umfragen müssten sich also auf konkrete Angebote beziehen, die es jedoch – aufgrund der unsicheren Rechtslage – nicht gibt.

Eine einzige Quelle, die zumindest allgemeine Rückschlüsse auf die generelle Haltung europäischer Nutzer zur digitalen Weiterveräußerung zulässt, liefert der Bericht der EU-Kommission zu der 2013/2014 durchgeführten öffentlichen Konsultation zur Urheberrechtsreform.<sup>178</sup> Aufgrund der Antworten kommt die Kommission zum dem Schluss, dass sich die Mehrheit der Konsumenten in der Europäischen Union die Möglichkeit wünschen, „gebrauchte“ unkörperliche Werkexemplare weiterveräußern zu dürfen. Nach Ansicht der Verbraucher sollten körperliche und unkörperliche Werkstücke rechtlich gleich behandelt werden.<sup>179</sup> Die Nutzer versprechen sich von einer Konkurrenzsituation zwischen digitalen und körperlichen Gütern in diesem Bereich u. a. sinkende Preise. Die Ungleichbehandlung sei ungerecht, insbesondere wenn die unkörperlichen Werkexemplare zum gleichen oder einem ähnlichen Preis angeboten werden wie physische Kopien.

Der geringe Erkenntnisgewinn bestätigt die o. g. Zweifel an der Aussagekraft solcher Nachfragen. Zwar mögen es viele Verbraucher als „ungerecht“ empfinden, dass digitale und physische Erwerbungen ungleich behandelt werden. Ob sie allerdings von der Möglichkeit, ihre Dateien weiterzuverkaufen, auch Gebrauch machen würden, steht auf einem anderen Blatt.

---

<sup>178</sup> Report on the responses to the Public Consultation on the Review of the EU Copyright Rules, (Fundstelle, s. o., Fn. 106), S. 20 ff..

<sup>179</sup> Siehe Abschlussbericht, a. a. O.

## 8.2. Plausibilitätserwägungen nach objektiven Faktoren

Wie oben dargestellt wurde,<sup>180</sup> hält die Kommission Maßnahmen in Richtung eines digitalen Weiterveräußerungsrechts für „verfrüht“. Ebenso plausibel wäre es zu sagen, dass solche „zu spät“ kommen. Weil sich die Märkte und das Nutzerverhalten, so könnte man argumentieren, mittlerweile in eine andere Richtung entwickeln, ist das Thema nicht mehr relevant. Fraglich ist jedoch, ob solche Bedenken objektiv betrachtet wirklich durchgreifen können.

Es ist unübersehbar, dass sich das Nutzungsverhalten stark verändert. Ursache ist auch hier im Zweifel weniger ein Bedürfnis der Nutzer nach Wandel, sondern ein durch neue Angebote geweckter Bedarf. Die Veränderung von Märkten und Nutzerverhalten manifestiert sich am deutlichsten an der zunehmenden Beliebtheit und Marktrelevanz von Streaming-Diensten im Musik- und Filmsektor. Vor wenigen Jahren noch hätte wohl kaum jemand prognostiziert, dass solche den Download-Diensten und anderen Überlassungsformen den Rang ablaufen könnten. Dennoch: Die Nutzerzahlen solcher Dienste steigen immens, während die Inanspruchnahme von Download-Diensten sinkt<sup>181</sup>. Im Musikbereich ist dieser Trend mit enorm erfolgreichen Anbietern wie Spotify, Napster, Deezer, Google Play Music und neuerdings Apple Music am weitesten fortgeschritten. In der Filmbranche erfreuen sich Dienste wie Netflix, Watchever oder Amazon Instant Video enormer Beliebtheit. Es gibt inzwischen sogar erste Anbieter, die entsprechende Geschäftsmodelle auf E-Books übertragen.<sup>182</sup> Selbst in der Software-Industrie setzen große Hersteller zunehmend auf Abonnement-basierte Cloud-Services. Ein Beispiel ist Microsoft 365. Insoweit kann vorsichtig prognostiziert werden, dass Überlassungsmodelle in der Kultur- und Software-Wirtschaft in den kommenden Jahren weiter an Bedeutung verlieren wird.<sup>183</sup>

Diese Entwicklung ist, angesichts der Tatsache, dass der Nutzer beim Streaming nichts erwirbt, immerhin bemerkenswert. Er bekommt keine Inhalte überlassen, erhält hieran keinen Besitz und erst recht kein Eigentum. Lediglich Zugriff und Nutzung werden ihm gestattet, solange das Abonnement währt und die Nutzungsgebühren gezahlt werden. Danach bleibt dem Nutzer nichts zurück. Besitz und Eigentum an kulturellen Inhalten scheinen – wer hätte das erwartet – den Verbrauchern zunehmend weniger zu bedeuten.

---

<sup>180</sup> Siehe oben, Abschnitt 4.2.

<sup>181</sup> Siehe hierzu schon oben, Abschnitt 3.1.1 und die Quelle in Fn. 96.

<sup>182</sup> So z.B. der Dienst Bloon, der allerdings noch nicht auf dem deutschen Markt vertreten ist; siehe <https://www.bloon.com/>.

<sup>183</sup> Vgl. allgemein zur Marktentwicklung die Studie von Deloitte und BITKOM, Die Zukunft der Consumer Electronics – 2014, S. 29 ff., <http://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/de/Documents/technology-media-telecommunications/studie-deloitte-tmt-bitcom-consumer-electronics-2014-20140902.pdf>.



Über die Ursachen kann man multidisziplinär forschen und spekulieren, sie sind jedoch vorliegend nicht der wesentliche Aspekt. Die wesentliche Frage ist vielmehr, ob derartige Trends das Bedürfnis an digitalen Weiterveräußerungsrechten entfallen lassen. Zum einen werden Downloads – natürlich – noch für viele Jahre eine erhebliche Einnahmequelle für die Anbieter darstellen. Anders ausgedrückt, werden Verbraucher noch große Summen in den Erwerb von digitalen E-Books, Musik- und Filminhalten investieren. Gerade angesichts des Trends zu Streamingdiensten kann man sogar damit rechnen, dass viele Nutzer den Gebrauchtwert ihrer – angesichts der Abonnements für sie zunehmend wertlosen – bereits erworbenen Dateien realisieren wollen.

Zum anderen darf auch nicht vergessen werden, dass in den vergangenen ca. 15 Jahren immense Umsätze mit solchen Gütern gemacht wurden, ergo, dass Verbraucher Unsummen für ihren Erwerb investiert haben. Dass die Rechtssituation in Bezug auf die bereits erworbenen Inhalte bis heute ungeklärt ist, rechtfertigt in keiner Weise, diesen Schwebezustand aufrechtzuerhalten. Im Gegenteil. Eine jetzige Einführung eines allgemeinen Weiterveräußerungsrechts ist weder „zu spät“ noch „verfrüht“, sondern „längst überfällig“ und drängender denn je. Dass über einen Zeitraum von mehr als 15 Jahren Unklarheit über die Besitz- und Eigentumsverhältnisse an Vermögensgegenständen besteht und bewusst aufrechterhalten wird, die einen Erwerbswert von vielen Milliarden Euro repräsentieren, ist in der Geschichte des modernen Zivilrechts wohl einzigartig.



## 9. Rechtsfolgenabschätzung

Zum gegenwärtigen Zeitpunkt existieren ersichtlich keine konkreten Studien, die sich mit den Folgen von „digitalen Gebrauchtmärkten“ befassen. Auch hierfür sind die o. g. Erwägungen zu Verbraucherumfragen im Zweifel relevant. Die Auswirkungen von Angeboten oder noch nicht existierenden Rechten abzuschätzen, ist naturgemäß schwierig. Vereinzelt Nischenangebote wie Tom Kabinet und ReDigi lassen keine Rückschlüsse auf etwaige Auswirkungen auf den Gesamtmarkt mit Musik oder E-Books zu. Im Übrigen sind diese Märkte ohnehin hochgradig volatil, da sie einem ständigen Wandel der Angebote und des Nutzungsverhaltens unterliegen. Zudem sind die Einflussfaktoren auf die Absatzzahlen beispielsweise bei E-Books so mannigfaltig, dass es äußerst schwierig, wenn nicht gar unmöglich ist, einzelne Aspekte als Bestandteile von Kausalketten zu identifizieren.<sup>184</sup>

Fakt ist, dass es der immer wieder zu hörenden Behauptung, dass Weiterveräußerungsrechte die Primärmärkte beeinträchtigen und die Preise zerstören würden, an jeglichem Nachweis mangelt<sup>185</sup>. Warum dies beim Gebrauchthandel mit unkörperlichen Gütern eintreten soll, obwohl hiervon bei physischen Werkexemplaren keine Rede sein kann, ist umso weniger ersichtlich.

Wie gesagt kann man mit ebenso plausiblen Argumenten die Gegenthese vertreten, dass nachgelagerte Gebrauchtmärkte die Primärmärkte befördern. Die Möglichkeit der Weiterveräußerung schafft einen zusätzlichen Anreiz zum Erwerb. Nutzern, die neuen Inhaltsformen eher skeptisch gegenüberstehen, wird ein weiterer Grund geliefert, sich ihnen zuzuwenden<sup>186</sup>. Im gleichen Zuge wirken solche neuen Angebotsformen Piraterie entgegen, da sie einen zusätzlichen, vorausgesetzt preisgünstigen und komfortablen und damit interessanten, Bezugskanal eröffnen. Besteht überdies die Möglichkeit, Weiterveräußerungen in geordneten, technisch geschützten Umgebungen zu realisieren (wie oben ebenfalls gezeigt wurde), bringen sie auch für die

---

<sup>184</sup> Wichtige Faktoren sind – um nur einige zu nennen – vor allem die Art, Preisgestaltung und Ausgestaltung der Angebote. Hinzu kommen sich ändernde Nutzungsgewohnheiten und -vorlieben, sich ändernde Prioritäten der Nutzer bei der Verwendung ihrer Medienbudgets und die Änderung der Medienbudgets an sich. Das Angebot kostenloser, illegaler, Angebote mag ein weiterer Faktor sein, ebenso wie die Nutzungsfreundlichkeit der Dienste, die Sicherheit und der Komfort elektronischer Zahlungssysteme und vieles mehr.

<sup>185</sup> Eine von vielen Varianten dieses Arguments lautet in etwa wie folgt: Da jede Kopie eines E-Books oder einer Musikdatei so „perfekt“ ist wie das Original, gäbe es für Konsumenten keinen Grund mehr, überhaupt „Neuware“ zu erwerben – denn der Kauf eines unkörperlichen Werkexemplars zum Neupreis sei mit keinerlei Vorteilen für den Nutzer verbunden. So Rosenblatt, in Wohlsen, a.a.O. (s. o., Fn. 153).

<sup>186</sup> Gerade die Absatzentwicklung bei E-Books dürfte erheblich darunter leiden, dass viele Menschen Abneigungen gegen die andere Haptik und andere Abweichungen von Gewohnheiten haben. Solche Abneigungen führen schnell zu dem subjektiven Empfinden, dass die Preise für E-Books überhöht sind, auch weil sie für den Erwerber einen niedrigeren Sachwert verkörpern und damit der ideelle Wert geringer ist. Erschwerend hinzu kommt, dass zur Nutzung von E-Books u. U. neue kostspielige Geräte wie E-Book-Reader angeschafft werden müssen. Jeder weitere Unterschied zum Gewohnten, etwa eine mangelnde Weiterveräußerungsmöglichkeit verstärkt solche Abneigungen. Anders ausgedrückt: Je ähnlicher das neue Medien dem Gewohnten ist, desto eher werden sich viele Menschen hiermit anfreunden. Unfaire Diskriminierungen wirken der Akzeptanz massiv entgegen.



Rechteinhaber mehr Vor- als Nachteile. Der Mehrwert für die Verbraucher, den Wettbewerb, Innovation und Fortschritt ist darüber hinaus evident.

## 10. Schlussfolgerungen

Die Rechtslage in Bezug auf die rechtliche Stellung der Erwerber von unkörperlichen Werkexemplaren ist nach wie vor ebenso unklar wie die nachgelagerte Frage, ob solche weiterveräußert werden dürfen. Fakt ist, dass sich zumindest die deutschen Instanzgerichte weigern, die in der UsedSoft-Entscheidung vom EuGH aufgestellten Grundsätze auf Kopien von kulturellen Werken zu übertragen. Unmittelbare Folge dieser Rechtsunsicherheit ist, dass Angebote, die digitale Weiterveräußerungen ermöglichen würden, praktisch nicht existieren. Die wenigen existierenden Anbieter sehen sich massiven rechtlichen Angriffen ausgesetzt und es ist fraglich, ob sie diese Situation langfristig überstehen können.

Aus Sicht der Verbraucherinteressen und – bei näherem Hinsehen auch anderer gesellschaftlicher Interessen sowie sogar der Rechtsordnung an sich – ist dieser Schwebezustand unhaltbar. Jeden Tag geben Verbraucher riesige Summen für etwas aus, dessen rechtliche Einordnung völlig unklar ist. Aus Sicht der Rechtsordnung ist es nicht hinnehmbar, dass Besitz-, Erwerbs- und Eigentumsverhältnisse an unkörperlichen Werkexemplaren weiterhin ungeklärt bleiben. Umso weniger, als diese Unsicherheit allein die Verbraucher belastet, während sich Verlage und große Downloaddienste auf der unklaren Rechtslage ausruhen können und sie über Jahre mit restriktiven Nutzungsbedingungen und harten Kopierschutz- und DRM-Systemen noch weiter perpetuieren.

Da eine baldige höchstrichterliche Klärung der Frage, ob die digitale Weiterveräußerung nach geltendem Recht zulässig ist, nicht zu erwarten ist, bedarf es einer gesetzlichen Lösung. Hierfür bietet die anstehende Urheberrechtsreform auf EU-Ebene die passende Gelegenheit.

In diesem Zuge ist dafür zu plädieren, dass ein allgemeines Weiterveräußerungsrecht für ordnungsgemäß erworbene Kopien von urheberrechtlich geschütztem Material eingeführt wird. Die Gegenargumente fokussieren in aller Regel einseitig auf die Interessen der Rechteinhaber, basieren auf Hypothesen und unbelegten Behauptungen.

Das Hauptargument, dass ein digitales Weiterveräußerungsrecht eine unkontrollierbare Situation zur Folge hätte und die Primärmärkte massiv beeinträchtigen würde, ist durch die technische Realität längst widerlegt. Die Wahrheit ist, dass Gebrauchtmärkte mit unkörperlichen Vervielfältigungsstücken wesentlich effizienter kontrolliert werden können, als es bei physischen Gütern jemals möglich war.

Somit verbleibt als Hinderungsgrund für eine politische Realisierung lediglich die – durch Lobbying vehement vorgebrachte – Forderung der Rechteinhaber, den Vertrieb unkörperlicher Werkexemplare auf allen Handelsstufen kontrollieren zu können. Diesem „Interesse“ hat der EuGH in der UsedSoft-Entscheidung eine deutliche Absage erteilt. Das Urheberrecht hat dieses Ansinnen niemals geschützt, da ihm bedeutendere Interessen der Marktordnung und die Erwerberinteressen entgegenstehen. Von solchen Grundprinzipien bei unkörperlichen Verkörperungen urheberrechtlich





geschützter Werk abzuweichen, ist nicht zu rechtfertigen. Ganz gleich, ob es sich hierbei um Computerprogramme, Filme, Musik oder Bücher handelt.