

Der Handel mit Gebrauchtssoftware nach schweizerischem Urheberrecht

Cyrill P. Rigamonti*

Dieser Beitrag befasst sich mit der Frage der urheberrechtlichen Zulässigkeit des Handels mit „gebrauchter“ Software nach schweizerischem Recht und berücksichtigt dabei abgesehen von der internationalen und europäischen Rechtsentwicklung auch die weitgehend parallele wissenschaftliche Auseinandersetzung in Deutschland. Im Zentrum des Beitrags stehen die Anwendbarkeit des Erschöpfungsgrundsatzes auf den elektronischen Softwarevertrieb und der wirtschaftlich besonders relevante Handel mit Volumenlizenzen.

I. Einleitung

In Deutschland wird gegenwärtig eine heftige Auseinandersetzung um die urheberrechtliche Zulässigkeit des Handels mit Gebrauchtssoftware geführt, und zwar sowohl in den Gerichten¹ als auch in der Lehre². In Österreich finden sich ebenfalls bereits eingehende und kontroverse Stellung-

* Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL. M., S. J. D., SNF Förderungsprofessor, Institut für Wirtschaftsrecht, Universität Bern. Der Beitrag beruht auf einer Anfrage aus der Praxis.

1) Die Verfahren werden in München und in Hamburg geführt und haben bisher unterschiedliche Resultate zu Tage gefördert. Zum Münchner Verfahren, siehe LG München I, MMR 2006, 175; OLG München, MMR 2006, 748 (Verfügungsverfahren); LG München I, CR 2007, 626 (Vollstreckungsverfahren); LG München I, MMR 2007, 328; OLG München, MMR 2008, 601 (Hauptverfahren). Zum Hamburger Verfahren, siehe LG Hamburg, MMR 2006, 827; OLG Hamburg, MMR 2007, 317 (Verfügungsverfahren).

2) Siehe z. B. Schuppert/Greissinger, Gebrauchthandel mit Softwarelizenzen, CR 2005, 81; Heydn/Schmidl, Der Handel mit gebrauchter Software und der Erschöpfungsgrundsatz, K&R 2006, 74; Huppertz, Handel mit Second Hand-Software, CR 2006, 145; Sosnitz, Die urheberrechtliche Zulässigkeit des Handels mit „gebrauchter“ Software, K&R 2006, 206; Grützmaker, „Gebrauchtssoftware“ und Erschöpfungslehre, ZUM 2006, 302; Spindler, Der Handel mit Gebrauchtssoftware, CR 2008, 69.

nahmen zum Thema³. Die Frage beschäftigt die Praxis auch in der Schweiz⁴, ist dort bisher aber nur selten zum Gegenstand wissenschaftlicher Reflexion gemacht worden⁵. Nicht zuletzt mit Blick auf die in der Schweiz am 1. Juli 2008 in Kraft getretene Urheberrechtsrevision lohnt es sich aber, die urheberrechtlichen Voraussetzungen des Handels mit Gebrauchtssoftware auch für die Schweiz näher zu untersuchen. Aufgrund der Fülle der in der Softwarebranche verwendeten Lizenzmodelle⁶ ist es unumgänglich, zunächst den vorliegend interessierenden Sachverhalt darzustellen, bevor auf die Rechtslage eingegangen werden kann.

II. Sachverhalt

In terminologischer Hinsicht ist vorab festzuhalten, dass der Ausdruck „gebrauchte Software“ insofern ungenau ist, als technisch kein Unterschied zwischen „neuer“ und „gebrauchter“ Software besteht, zumal sich weder die Software als Immaterialgut noch die einzelnen Programmkopien als digitale Werkexemplare abnutzen lassen⁷. In Anlehnung an den Gebrauchtswarenhandel mit Gegenständen aus der analogen Welt hat sich der Ausdruck aber auch für Software sowohl im Verkehr als auch in der Literatur weitgehend durchgesetzt⁸, weshalb er auch in diesem Beitrag verwendet wird. Gehandelt wird in aller Regel mit Standardsoftware, die dem Ersterwerber vom Softwareanbieter⁹ gegen einmaliges Entgelt zum dauernden Gebrauch überlassen wird, und zwar je nach Bedarf zur Benutzung durch einen oder mehrere Nutzer. In technischer Hinsicht erfolgt die Übermittlung dieser Software¹⁰ vom Softwareanbieter an den Ersterwerber jedoch nicht durch Übergabe einer der Nutzerzahl entsprechenden Anzahl physischer Datenträger, sondern entweder durch Übergabe einer einzigen Masterkopie (auf Diskette, CD oder DVD) oder dann durch Online-Übertragung, bei der die Software über das Internet heruntergeladen wird.

Aus verschiedenen Gründen – namentlich Personalabbau, Umstrukturierungen, Konkurs oder Umstieg auf andere Software – kann es vorkommen, dass der Ersterwerber das erworbene Computerprogramm entweder gar nicht mehr oder dann nicht mehr im selben Umfang benötigt wie ursprünglich vorgesehen. Er hat deshalb ein Interesse daran, die nicht mehr benötigte – „gebrauchte“ – Software teilweise oder vollständig an einen Zweiterwerber weiterzuveräußern, der seinerseits Bedarf für (zusätzliche) Exemplare der fraglichen Software hat. Die Veräußerung der Software erfolgt typischerweise über einen Zwischenhändler, der die nicht mehr benötigten Computerprogramme beim Ersterwerber einkauft und dann an den Zweiterwerber weiterverkauft, ohne aber das fragliche Programm selbst zu installieren oder zu benutzen. Für die Zwischenhändler stehen wegen der degressiven Preisstruktur der Softwareanbieter insbesondere Volumenlizenzen mit hohen Maximalnutzerzahlen im Zentrum des wirtschaftlichen Interesses¹¹. Bei Volumenlizenzen¹² wird dem Erwerber das Recht eingeräumt, von einem einzigen Installationsmedium Programmkopien bis zu einer im Voraus vereinbarten maximalen Anzahl herzustellen, zu installieren und gleichzeitig zu nutzen¹³.

Im Rahmen der geschilderten Weiterveräußerungen versichert der Ersterwerber unter Vorlage geeigneter Belege, dass er das betreffende Computerprogramm einerseits rechtmäßig erworben und andererseits im Umfang der Veräußerung auf eigenen Rechnern gelöscht hat. Die Zustimmung des Softwareanbieters wird jedoch nicht eingeholt. In Bezug auf die Veräußerungshandlungen zwischen dem Ersterwerber und dem Zwischenhändler bzw. zwischen dem Zwischenhändler und dem Zweiterwerber besteht die technische Besonderheit, dass in aller Regel we-

der physische Datenträger übergeben noch elektronische Programmkopien übermittelt werden. Während der Zwischenhändler mangels eigenen Benutzungsinteresses von vornherein keine Programmkopie benötigt, benutzt der Zweiterwerber zur Installation der erworbenen „gebrauchten“ Software eine bei ihm bereits (aus einem vorbestehenden Vertragsverhältnis mit dem Softwareanbieter) vorhandene Masterkopie, oder er lädt sein Exemplar direkt vom Server des Softwareanbieters herunter.

III. Rechtliche Ausgangslage

Der Handel mit gebrauchten Computerprogrammen ist nach schweizerischem Urheberrecht¹⁴ dann unzulässig, wenn (i) die fraglichen Computerprogramme urheberrechtlich geschützt sind und wenn (ii) der Handel mit diesen Programmen einen Eingriff in die ausschließlichen Rechte des Urheberrechtshabers darstellt, der (iii) weder durch Gesetz noch durch Einwilligung des Berechtigten gedeckt ist¹⁵. Das geltende schweizerische Urheberrechtsgesetz (URG)¹⁶ definiert urheberrechtlich geschützte Werke als „geistige Schöpfungen, die individuellen Charakter“ haben¹⁷, wobei Computerprogramme auch als Werke gelten¹⁸. Dass es sich bei der in Frage stehenden Standardsoftware in aller Regel um Computerprogramme handelt, welche die für den Urheberrechtsschutz erforderliche Schöpfungshöhe aufweisen, ist kaum strittig¹⁹ und wird hier vorausgesetzt.

3) Siehe z. B. *Wiebe/Appl*, Urheberrechtliche Zulässigkeit des Erwerbs von „gebrauchten“ Softwarelizenzen in Österreich, MR 2007, 186; *Rüffler*, Ist der Handel mit gebrauchter Software urheberrechtlich zulässig?, OBL 2008, 52.

4) Siehe z. B. Tages-Anzeiger vom 14.1.2008, S. 23; ferner *Mathys*, Die Crux mit der Gebrauchtssoftware, Infoweek.ch Nr. 1 vom 16.1.2006, S. 39; *Rosenthal*, Gebrauchts-Software: günstig, aber auch legal?, Infoweek.ch Nr. 8 vom 3.4.2007, S. 58.

5) Siehe aber immerhin *Morscher*, Software-Lizenzverträge, in: Jörg/Arter (Hrsg.), Internet-Recht und IT-Verträge, 2006, S. 17 (50 ff.); *Gordon*, Handel mit Secondhand-Volumenlizenzen, sic! 2008, 758.

6) Siehe dazu z. B. *Hoppen*, Die technische Seite der Softwarelizenzierung, CR 2007, 131.

7) Dazu schon *Hoeren*, Ausschluss der Gewährleistung bei Gebrauchtssoftware, CR 1992, 257 (258); vgl. auch *Koch*, Lizenzrechtliche Grenzen des Handels mit Gebrauchtssoftware, ITRB 2007, 140 (141), der von „einer etwas schiefen Metapher“ spricht.

8) So auch *Sosnitza* (Fn. 2), 206.

9) Der Einfachheit halber wird in diesem Beitrag davon ausgegangen, dass der Softwareanbieter entweder Inhaber des Urheberrechts am fraglichen Computerprogramm ist oder dass er zumindest mit Zustimmung des Inhabers des Urheberrechts handelt.

10) Die Begriffe „Computerprogramm“, „Programm“ und „Software“ werden in diesem Beitrag synonym verwendet.

11) *Huppertz* (Fn. 2), 145; *Schuppert/Greisinger* (Fn. 2), 81.

12) Vgl. dazu *Hoppen* (Fn. 6), 131.

13) Davon zu unterscheiden sind insbesondere Konzern- oder Unternehmenslizenzen mit unbestimmter Anzahl Nutzer (dazu *Grützmaier*, Unternehmens- und Konzernlizenzen, ITRB 2004, 204) sowie Netzwerklizenzen, bei denen die Nutzer eines Unternehmens über ein Netzwerk auf ein zentral gespeichertes Computerprogramm zugreifen, ohne dass auf den Rechnern der Nutzer eine Programmkopie installiert wird (Mainframe-System). Diese Lizenztypen sind nicht Gegenstand dieses Beitrags.

14) Die nachfolgenden Ausführungen erfolgen ausschließlich aus urheberrechtlicher Perspektive und erstrecken sich namentlich nicht auf kartell-, lauterkeits- oder schuldrechtliche Fragen, die sich im Zusammenhang mit dem Handel mit Gebrauchtssoftware stellen könnten.

15) Vgl. auch *Rauber*, Erlaubte Nutzung von Computersoftware, FS Peter Forstmoser, 2008, S. 467.

16) Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz, URG) vom 9.10.1992 (SR 231.1).

17) Art. 2 Abs. 1 URG.

18) Art. 2 Abs. 3 URG; vgl. auch BGE 125 III 269.

19) Vgl. auch das Urteil des Einzelrichters des Obergerichts Zürich im summarischen Verfahren vom 11.10.1990, SMI 1992, 202 (Glaubhaftmachung der schutzbegründenden Individualität und Originalität von „Word für Windows 1.0“ und der Beta-Version von „Microsoft Windows 3.0“ schon nach altem Recht „ohne weiteres“ bejaht).

Das URG gewährt dem Urheber das ausschließliche Recht zu bestimmen, ob, wann und wie das Werk verwendet wird²⁰. Der Umfang dieses Rechts wird durch die gesetzliche Aufzählung von Teilrechten weiter konkretisiert. Dabei stehen im Zusammenhang mit Gebrauchtssoftware primär drei Rechte im Vordergrund, nämlich (i) das Recht, Werkexemplare herzustellen (*Vervielfältigungsrecht*)²¹, (ii) das Recht, Werkexemplare anzubieten, zu veräußern oder sonstwie zu verbreiten (*Verbreitungsrecht*)²², und (iii) das Recht, das Werk anderswo wahrnehmbar oder so zugänglich zu machen, dass Personen von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl dazu Zugang haben (*Recht der Zugänglichmachung*)²³. Da der Handel mit gebrauchter Software ohne Zweifel in den Anwendungsbereich eines oder mehrerer dieser ausschließlichen Rechte fällt, hängt seine urheberrechtliche Zulässigkeit davon ab, ob er durch Gesetz oder Einwilligung des Berechtigten gedeckt ist. Da die Zustimmung des Softwareanbieters gemäß Sachverhalt nicht eingeholt wird, kommen vorliegend nur die gesetzlichen Schrankenbestimmungen in Frage. Im Vordergrund steht dabei der urheberrechtliche Erschöpfungsgrundsatz²⁴, der in Art. 12 Abs. 2 URG für Computerprogramme wie folgt geregelt wird:

„Hat ein Urheber oder eine Urheberin ein Computerprogramm veräußert oder der Veräußerung zugestimmt, so darf dieses gebraucht oder weiterveräußert werden.“

Zweck des Einbezugs des Gebrauchs in diese Norm ist die Absicherung der Erschöpfungsregelung, die vom Urheber nicht durch Ausübung des Vervielfältigungsrechts ausgehebelt werden können soll, wie es bei Computerprogrammen ansonsten möglich wäre²⁵. Was unter „Gebrauch“ zu verstehen ist, wird auf Verordnungsstufe²⁶ weiter konkretisiert, wo festgehalten wird, dass dazu insbesondere die bestimmungsgemäße Verwendung des Programms gehört, „zu der das Laden, Anzeigen, Ablaufen, Übertragen oder Speichern sowie die im Rahmen dieser Tätigkeiten erforderliche Herstellung eines Werkexemplars“ durch den rechtmäßigen Erwerber gehören²⁷.

Vor diesem Hintergrund beurteilt sich die urheberrechtliche Zulässigkeit des Handels mit gebrauchten Computerprogrammen also in erster Linie danach, ob der Erschöpfungsgrundsatz zur Anwendung gelangt, zumal der Eintritt der Erschöpfung nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung²⁸ vertraglich nicht mit urheberrechtlicher Wirkung beschränkt oder ausgeschlossen werden kann^{29, 30}. Für den Fall des Handels mit gebrauchter Software unter konsequenter Verwendung physischer Datenträger (Diskette, CD, DVD, USB-Stick, etc.) ist die Anwendbarkeit des Erschöpfungsgrundsatzes unbestritten³¹. Wenn also der Ersterwerber vom Softwareanbieter ein Computerprogramm zum dauernden Gebrauch gegen einmaliges Entgelt erwirbt und von diesem ein Exemplar des Programms auf einem physischen Datenträger erhält, so ist die Weiterveräußerung des Computerprogramms unter Übergabe des Datenträgers an einen Dritten urheberrechtlich frei. Das Verbreitungsrecht des Urhebers ist erschöpft, und die Wiederverkäufe greifen weder in das Vervielfältigungsrecht noch in das Recht der Zugänglichmachung ein. Die allenfalls im Rahmen des bestimmungsgemäßen Gebrauchs des Programms durch den Ersterwerber bzw. den Zweiterwerber hergestellten Programmkopien sind von Art. 12 Abs. 2 URG i. V. m. Art. 17 Abs. 1 lit. a URV gedeckt.

Mit Blick auf diese Ausgangslage ist nun zu prüfen, ob sich an der urheberrechtlichen Beurteilung etwas ändert, wenn der Softwareanbieter – wie vorliegend – vom physischen

auf den elektronischen Softwarevertrieb umstellt und die daran anschließenden Handelsvorgänge technisch ohne Übergabe physischer Datenträger abgewickelt werden. Soweit ersichtlich, ist in der Schweiz zu dieser Frage noch kein Gerichtsurteil ergangen.

IV. Erschöpfungsgrundsatz und elektronischer Softwarevertrieb

Mit „elektronischem Softwarevertrieb“ ist hier gemeint, dass der Softwareanbieter dem Ersterwerber des fraglichen Computerprogramms keinen physischen Datenträger übergibt, sondern ihm gegen Bezahlung des vereinbarten Entgelts lediglich den elektronischen Zugriff auf das Computerprogramm verschafft und ihm so ermöglicht, das Programm – allenfalls unter Verwendung eines Passworts oder eines Zugangscode – über das Internet auf seinen Rechner herunterzuladen, was technisch durch Herstellung einer digitalen Fernkopie auf Seiten des Ersterwerbers geschieht³². Diese technische Besonderheit in der Geschäftsabwicklung wirkt in urheberrechtlicher Hinsicht zwei Fragen auf. *Erstens* ist zu prüfen, ob mit Blick auf die mangelnde physische Übergabe eines Werkexemplars überhaupt eine Veräußerung eines Computerprogramms vorliegt, wie es Art. 12 Abs. 2 URG für die Anwendbarkeit des Erschöpfungsgrundsatzes verlangt (dazu sogleich unter IV.1). *Zweitens* ist zu untersuchen, ob der Softwareanbieter die Weiterveräußerung eines elektronisch übermittelten Computerprogramms trotz allfälligen Erschöpfungseintritts gestützt auf das Vervielfältigungsrecht oder das Recht der Zugänglichmachung verhindern kann (dazu hinten IV.2).

20) Art. 10 Abs. 1 URG.

21) Art. 10 Abs. 2 lit. a URG.

22) Art. 10 Abs. 2 lit. b URG.

23) Art. 10 Abs. 2 lit. c URG.

24) Dazu allgemein Troller, Immaterialgüterrecht, Bd. II, 3. Aufl. 1985, S. 763 ff.

25) Neff/Arn, Urheberrecht im EDV-Bereich, SIWR II/2, 1998, S. 252; Fröhlich-Bleuler, Urheberrechtliche Nutzungsbefugnisse des EDV-Anwenders, AJP 1995, 569 (571); vgl. zum deutschen Recht auch Berger, Die Erschöpfung des urheberrechtlichen Verbreitungsrechts als Anwendung der Eigentumstheorie des BGB, AcP 2001, 411 (446 ff., 450).

26) Verordnung vom 26.4.1993 über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsverordnung, URV) (SR 231.11).

27) Art. 17 Abs. 1 lit. a URV. Die Aufzählung ist schon wegen des Legalitätsprinzips nicht abschließend; vielmehr sind von Art. 12 Abs. 2 URG alle Handlungen gedeckt, die zum bestimmungsgemäßen Gebrauch unerlässlich sind und in Ausschließlichkeitsrechte des Urhebers eingreifen; Neff/Arn (Fn. 25), S. 253.

28) BGE 124 III 334.

29) Rauber, Computersoftware, Streuli-Youssef (Hrsg.), Urhebervertragsrecht, 2006, S. 117 (161); Semadeni, Erschöpfungsgrundsatz im Urheberrecht, 2004, S. 58; Neff/Arn (Fn. 25), S. 247.

30) Ob und inwiefern Vertragsabreden, die der Erschöpfung entgegenstehen, im Verhältnis zwischen Softwareanbieter und Ersterwerber allenfalls schuldrechtliche Wirkungen entfalten können, soweit sie im Einzelfall kartell- und lauterkeitsrechtlich zulässig sind, ist nicht Gegenstand dieses Beitrags. Siehe dazu aber Rauber, Use Restrictions in Softwareverträgen, Jörg/Arter (Hrsg.), Internet-Recht und IT-Verträge, 2006, S. 131 (153); Fröhlich-Bleuler (Fn. 25), 573 ff.; Morscher (Fn. 5), S. 55 ff.; Gordon (Fn. 5), 761 f.

31) Beutler, Multimedia und Urheberrecht, 1998, S. 261. Für Deutschland, siehe z. B. Sosnitza (Fn. 2), 207; Berger, Urheberrechtliche Erschöpfungslehre und digitale Informationstechnologie, GRUR 2002, 198 (199); Schack, Neue Techniken und Geistiges Eigentum, JZ 1998, 753 (756); Bartsch, Weitergabeverbote in AGB-Verträgen zur Überlassung von Standardsoftware, CR 1987, 8. Für Österreich, siehe z. B. Rüffler (Fn. 3), 53; Wiebe/Apl (Fn. 3), 190.

32) Zum elektronischen Softwarevertrieb gehört theoretisch auch die Zustellung des erworbenen Computerprogramms per e-mail, doch kommt dies in der Praxis heute wohl kaum (mehr) vor; vgl. auch Thomann, Softwareschutz durch das Urheberrecht, in: Thomann/Rauber (Hrsg.), Softwareschutz, 1998, S. 28.

1. Erschöpfung des Verbreitungsrechts?

Nach den geschilderten allgemeinen Grundsätzen ist für den Eintritt der Erschöpfung gemäß Art. 12 Abs. 2 URG einzig entscheidend, ob ein Computerprogramm veräußert wurde³³. Nicht zielführend sind demgegenüber die im Zusammenhang mit der Erschöpfungsfrage in der Literatur nicht selten anzutreffenden allgemeinen Überlegungen zur Rechtsnatur der Online-Übermittlung³⁴. Letztere stellt lediglich eine technische Übertragungsmodalität dar, die zu völlig unterschiedlichen wirtschaftlichen und rechtlichen Zwecken genutzt werden kann und die daher auch entsprechend differenziert zu betrachten ist³⁵.

a) Vorliegen eines Werkexemplars

Art. 12 Abs. 2 URG verwendet den Begriff des „Computerprogramms“. Damit kann offensichtlich nicht das Programm als Immaterialgut gemeint sein, sondern nur die Wiedergabe des Programms, letztlich also – wie in Art. 12 Abs. 1 URG – ein Werkexemplar³⁶. Die herrschende Lehre geht ohne weiteres davon aus, dass es sich dabei um ein *körperliches* Werkexemplar handeln muss³⁷. Folgt man dieser Auslegung, so ist zu prüfen, ob beim elektronischen Softwarevertrieb überhaupt ein *körperliches* Werkexemplar vorliegt, das Gegenstand einer Veräußerung i. S. v. Art. 12 Abs. 2 URG sein kann. Dies ist zu bejahen, denn es ist wohl unbestritten, dass der Ersterwerber mit Abschluss der elektronischen Übermittlung eines Computerprogramms über ein körperliches Werkexemplar in der Form einer dauerhaft gespeicherten Programmkopie verfügt (z.B. auf Festplatte oder USB-Stick)³⁸. Dies ist gerade Ziel, Zweck und Resultat des Übermittlungsvorgangs. Trotz des unkörperlichen Übertragungsakts handelt es sich beim elektronischen Softwarevertrieb also wirtschaftlich und rechtlich um einen Akt der körperlichen Werkverwertung³⁹. Dies hat unter anderem zur Folge, dass der elektronische Softwarevertrieb nicht in den Anwendungsbereich derjenigen ausschließlichen Rechte fallen kann, deren Zweck es ist, die unkörperliche Werkverwertung zu erfassen. Dazu gehört auch das Recht der Zugänglichmachung gem. Art. 10 Abs. 2 lit. c URG⁴⁰.

Wenn also ein Teil der schweizerischen Lehre versucht, den elektronischen Softwarevertrieb grundsätzlich dem Recht der Zugänglichmachung zuzuweisen, weil nur dies den bundesrätlichen Vorstellungen entspreche⁴¹, so kann dieser Ansicht nicht gefolgt werden. Es trifft zwar zu, dass der Bundesrat in der Botschaft von 1989 „die Verbreitung eines Computerprogramms über ein Netzsystem“ dem Recht der Zugänglichmachung zurechnete. Dies geschah allerdings lediglich als Beispiel für „gewisse Formen der unkörperlichen Werkverbreitung“⁴², womit der Bundesrat aber kaum den elektronischen Vertrieb von Werkexemplaren zwecks Vollzugs eines Veräußerungsgeschäfts gemeint haben kann, wie er hier in Frage steht, zumal dieser 1989 noch kaum vorkam. Die zitierte Passage bezieht sich nur auf Fälle der unkörperlichen Verwertung. So wird sie in der Lehre auch überwiegend verstanden⁴³, und der Bundesrat hat dies in der Botschaft zur jüngsten Revision des URG gleich selbst bestätigt, als er im Zusammenhang mit der zitierten Passage ausführte, es gehe dabei um „die unkörperliche Wiedergabe eines Werkes über ein Netzsystem“⁴⁴.

Aus diesem Grund vermag auch die bisweilen angerufene Analogie zwischen der elektronischen Übermittlung eines Computerprogramms und dem Aufzeichnen einer Fernseh- oder Radiosendung⁴⁵ nicht zu überzeugen. Das Aufzeichnen einer Sendung ist bekanntlich nicht Ziel und

Zweck der Sendung, sondern ein zusätzlicher, von der Sendung unabhängiger Akt. Dass zwischen den beiden Vorgängen technisch gesehen Parallelen bestehen, weil das Werk vom Anbieter in beiden Fällen zunächst unkörperlich übermittelt und erst danach vom Erwerber in einem physischen Datenträger körperlich fixiert wird, ändert nichts daran, dass nach der Zweckrichtung der Vorgänge im Fall der Aufzeichnung einer Sendung von zwei separaten Handlungen auszugehen ist, während die Herstellung eines dauerhaften Werkexemplars beim elektronischen Softwarevertrieb einen integralen Bestandteil der Transaktion darstellt⁴⁶. Darüber hinaus wird die Sendeanalogie dem elektronischen Softwarevertrieb auch des-

33) Die gemäß Art. 12 Abs. 2 URG zusätzlich erforderliche Zustimmung des Urhebers zur Veräußerung braucht hingegen nicht weiter thematisiert zu werden, da diese sowohl beim physischen wie auch beim elektronischen Softwarevertrieb gegeben ist. Vgl. dazu auch Ulmer, Online-Bezug von Software, ITRB 2007, 68 (70).

34) So für das deutsche Recht z.B. Loewenheim, in: Schricker (Hrsg.), Urheberrecht, 3. Aufl. 2006, § 69 c UrhG Rdnr. 25; Bergmann, Zur Reichweite des Erschöpfungsprinzips bei der Online-Übermittlung urheberrechtlich geschützter Werke, FS Willi Erdmann, 2002, S. 17 (S. 19); Schuppert/Greissinger (Fn. 2), 82.

35) Dazu grundlegend Hoeren, Überlegungen zur urheberrechtlichen Qualifizierung des elektronischen Abrufs, CR 1996, 517; deutlich auch Berger (Fn. 31), 200 („Nicht in der Frage der Einordnung des Online-Abrufs, sondern in der Abgrenzung zwischen ‚Veräußerung‘ und ‚sonstiger Nutzung‘ des Werkes liegt die entscheidende Weichenstellung“).

36) Barrelet/Egloff, Das neue Urheberrecht, 3. Aufl. 2008, Art. 12 URG Rdnr. 1a; Hilty, Lizenzvertragsrecht, 2000, S. 261 Fn. 285; Briner, Ausgewählte Grundprobleme des Software-schutzes im neuen URG, SMI 1993, 205 (210).

37) Siehe z.B. Barrelet/Egloff (Fn. 36), Art. 12 URG Rdnr. 1a; Hilty, in: Loewenheim (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, 2003, § 52 Rdnr. 33.

38) Vgl. dazu auch Neff/Arn (Fn. 25), S. 222; Thomann (Fn. 32), S. 28; Bühler, Schweizerisches und internationales Urheberrecht im Internet, 1999, S. 156 f., 194; Widmer, Der urheberrechtliche Schutz von Computerprogrammen, ZSR 1993 I 247 (261). Für das deutsche Recht Schrader/Rautenstrauch, Geltung des Erschöpfungsgrundsatzes beim Online-Erwerb durch unkörperliche Übertragung urheberrechtlich geschützter Werke, K&R 2007, 251 (255); Ulmer (Fn. 33), 69; ferner BGH, MMR 2007, 243 (244).

39) Gl. M. Neff/Arn (Fn. 25), S. 232; gl. M. für Deutschland wohl Nordemann/Vinck, in: Nordemann/Vinck/Hertin (Hrsg.), Urheberrecht, 9. Aufl. 1998, § 69 c UrhG Rdnr. 5; a.M. für Deutschland Koch (Fn. 7), 141; Bergmann (Fn. 34), S. 19; Schack (Fn. 31), 757. Vgl. auch Kothhoff, in: Dreyer/Kothhoff/Meckel, Heidelberger Kommentar zum Urheberrecht, 2004, § 69 c UrhG Rdnr. 22, der das Herunterladen zwar als unkörperliche Verwertung versteht, dann aber doch zum Schluss kommt, dass der einzige Unterschied zur körperlichen Verwertung darin liegt, dass die körperliche Festlegung erst im Herrschaftsbereich des Nutzers erfolgt.

40) Gegen die Erstreckung des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung auf die unkörperliche Übertragung als „verbreitungsähnlichen Einzelakt und das aus dieser resultierende Vervielfältigungsstück“ aus deutscher Sicht auch Grützmaker, in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), Praxiskommentar zum Urheberrecht, 2. Aufl. 2006, § 69 c UrhG Rdnr. 59; Hoeren, in: Möhring/Nicolini (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz, 2. Aufl. 2000, § 69 c UrhG Rdnr. 12, 16; a.M. Loewenheim (Fn. 34), § 69 c UrhG Rdnr. 25, 33.

41) Semadeni (Fn. 29), S. 149; Beutler (Fn. 31), S. 69, 73, 78.

42) Botschaft zu einem Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz, URG), zu einem Bundesgesetz über den Schutz von Topographien von integrierten Schaltungen (Topographengesetz, ToG) sowie zu einem Bundesbeschluss über verschiedene völkerrechtliche Verträge auf dem Gebiet des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte vom 19. Juni 1989, BBl. 1989 III 529.

43) Siehe z.B. Barrelet/Egloff (Fn. 36), Art. 10 URG Rdnr. 22; Thomann (Fn. 32), S. 30; ferner Neff/Arn (Fn. 25), S. 232 Fn. 131, 238.

44) Botschaft zum Bundesbeschluss über die Genehmigung von zwei Abkommen der Weltorganisation für geistiges Eigentum und zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes vom 10. März 2006, BBl. 2006, 3420.

45) Semadeni (Fn. 29), S. 148 f., 166 Fn. 591.

46) Vgl. auch Tai, Exhaustion and Online Delivery of Digital Works, EIPR 2003, 207 (208); Walter, Öffentliche Wiedergabe und Online-Übertragung, FS Robert Dietrich, 2000, S. 363 (366, 368 f.), der die dauerhafte Vervielfältigung beim Nutzer daher dem Netzanbieter zurechnen möchte. A.M. hingegen Bergmann (Fn. 34), S. 19 f.

halb nicht gerecht, weil typischerweise nicht einfach jeder Internetnutzer freien Zugang zum elektronisch vertriebenen Computerprogramm hat. Vielmehr wird der Zugriff in aller Regel nur denjenigen Personen gewährt, die den vereinbarten Preis entrichtet und dafür gegebenenfalls einen Zugangs- oder Aktivierungscode erhalten haben⁴⁷. Tragfähiger wäre deshalb eine Analogie, die im Computerprogramm auf dem Server des Softwareanbieters eine Masterkopie erblickt, die in der analogen Welt funktionell in etwa einer Druckerpresse entspricht. Statt die Druckerpresse selbst zu bedienen und das Werkexemplar dem Erwerber zu übergeben, gibt der Anbieter dem Erwerber den Zugangscode für die Druckerpresse mit der Anweisung, selbst ein Werkexemplar herzustellen und dieses gleich mitzunehmen⁴⁸.

Unabhängig von der Zweckmäßigkeit dieser Analogien kann festgehalten werden, dass der Erwerber nach Beendigung der elektronischen Transaktion frei und dauerhaft über ein Computerprogramm in der Form eines *körperlichen Werkexemplars* i. S. v. Art. 12 Abs. 2 URG verfügen kann, womit das erste Element des Erschöpfungsstatbestands gegeben ist. Damit bleibt noch zu prüfen, ob auch das zweite Tatbestandsmerkmal der *Veräußerung* vorliegt.

b) Vorliegen einer Veräußerung

Ein Teil der schweizerischen Lehre lehnt für den Fall des elektronischen Softwarevertriebs das Vorliegen einer Veräußerung ab. Beim elektronischen Softwarevertrieb könne schon deshalb keine Veräußerung vorliegen, weil das Werkexemplar des Softwareanbieters bei diesem verbleibe und auf Seiten des Erwerbers ein neues Werkexemplar geschaffen werde⁴⁹. Übertragen würden lediglich unkörperliche Werkdaten, nicht aber Werkexemplare, weshalb es auch begrifflich ein Unding sei, von der „elektronischen Übermittlung eines Werkexemplars“ zu sprechen⁵⁰. Eine direkte Anwendung von Art. 12 Abs. 2 URG komme deshalb nicht in Betracht, und eine analoge Anwendung scheitere am Erfordernis der vergleichbaren Interessenlage, weil die Missbrauchsgefahr beim elektronischen Softwarevertrieb höher sei als beim physischen Softwarevertrieb.

(1) Direkte Anwendung von Art. 12 URG

Obwohl diese Überlegungen in technischer Hinsicht durchaus zutreffen⁵¹, kann ihnen rechtlich nicht gefolgt werden. Insbesondere muss eine direkte Anwendung von Art. 12 Abs. 2 URG auf den elektronischen Softwarevertrieb nicht am Veräußerungsbegriff scheitern, zumal Einigkeit darüber besteht, dass dieser nicht zivilrechtlich, sondern urheberrechtlich auszulegen ist⁵². Die urheberrechtliche Funktion des Veräußerungsbegriffs liegt nun aber nicht darin, die *faktische Übergabe* eines Werkexemplars zur Voraussetzung der Erschöpfung zu machen. Dies kann schon deshalb nicht zutreffen, weil es auch beim physischen Softwarevertrieb nicht auf die faktische Übergabe eines Werkexemplars ankommt. Vielmehr kann die Verfügungsmacht über ein Werkexemplar auch ohne faktische Übergabe des Werkexemplars übertragen werden⁵³, ohne dass damit das Vorliegen einer Veräußerung oder die Anwendbarkeit des Erschöpfungsgrundsatzes gleichsam ausgeschlossen wäre⁵⁴. Ebenso verfehlt wäre es, das Erfordernis eines *sachenrechtlichen Eigentumsübergangs* in den urheberrechtlichen Veräußerungsbegriff hineinzulesen, denn es gibt auch in der analogen Welt Fälle, in denen die Lehre eine urheberrechtliche Veräußerung trotz Eigentumsübertragung verneint, so z. B. bei der Sicherungsübertragung⁵⁵. Umgekehrt wird in der Lehre beim Verkauf

eines Werkexemplars unter Eigentumsvorbehalt vom Vorliegen einer Veräußerung ausgegangen, obwohl das Eigentum bei der Übergabe des Werkexemplars jedenfalls nach der Theorie der Suspensivbedingung beim Veräußerer verbleibt⁵⁶. Daraus ergibt sich, dass es nicht Zweck des Veräußerungsbegriffs sein kann, einen bestimmten Übermittlungsmodus – faktische Übergabe oder Eigentumsübertragung – vorzuschreiben. Vielmehr geht es darum, unabhängig davon den Eintritt der Erschöpfung auf die dauerhafte und endgültige Verschaffung der Verfügungsmacht über ein Werkexemplar zu beschränken⁵⁷. Die faktische Übergabe des Werkexemplars zwecks Eigentumsübertragung mag in der analogen Welt ein zuverlässiges Indiz dafür gewesen sein. In der digitalen Welt ist dies infolge der technischen Entwicklungen aber nicht mehr zwingend der Fall, weshalb es wenig sinnvoll ist, auf Biegen und Brechen an im Physischen verhafteten Begrifflichkeiten festzuhalten⁵⁸.

Nach dem Gesagten besteht die Kernfunktion des Veräußerungsbegriffs mit Blick auf das Partizipationsinteresse des Urhebers vor allem darin, Fälle von der Erschöpfung auszunehmen, in denen dem Erwerber lediglich eine zeitlich beschränkte Verfügungsmacht über das fragliche Werkexemplar eingeräumt wird. Ob eine Veräußerung in diesem Sinne vorliegt, ist primär durch Auslegung des Vertrags zwischen Softwareanbieter und Ersterwerber zu ermitteln⁵⁹. Würde der Vertrag zwischen dem Softwareanbieter und dem Ersterwerber also lediglich ein zeitlich beschränktes Gebrauchsrecht vorsehen⁶⁰,

47) Dies ist ein weiterer Grund, weshalb das Recht der Zugänglichmachung nicht auf die elektronische Übermittlung von Werkexemplaren im Rahmen eines Veräußerungsgeschäfts anwendbar sein kann; vgl. dazu auch *Reinboth/Lewinski*, The WIPO Treaties 1996, 2002, Art. 8 WCT Rdnr. 21.

48) Vgl. auch die sachenrechtliche Analogie von *Witte*, Online-Vertrieb von Software, ITRB 2007, 86 (89) (Verkauf von Holz im Wald in Verbindung mit Abfuhrerlaubnis).

49) *Semadeni* (Fn. 29), S. 148, 150; vgl. für Deutschland auch *Koch*, Urheberrechtliche Zulässigkeit technischer Beschränkungen und Kontrolle der Software-Nutzung, CR 2002, 629 (631); *Schack* (Fn. 31), 756 f.

50) *Semadeni* (Fn. 29), S. 150 Fn. 523; gl. M., wohl auch *Pfortmüller*, in: *Müller/Oerdi*, Urheberrechtsgesetz (URG), 2006, Art. 12 URG Rdnr. 10.

51) *Neff/Arn* (Fn. 25), S. 231.

52) Vgl. *Morscher* (Fn. 5), S. 39, 47; *Semadeni* (Fn. 29), S. 36; *Bühler* (Fn. 38), S. 275; *Thomann* (Fn. 32), S. 28; *Fröhlich-Bleuler* (Fn. 25), 573; *Caduff*, Die urheberrechtlichen Konsequenzen der Veräußerung von Computerprogrammen, 1997, S. 34 f.

53) Vgl. z. B. Art. 924 Abs. 1 ZGB.

54) Vgl. zum deutschen Recht auch *Berger* (Fn. 25), 433 f.

55) *Semadeni* (Fn. 29), S. 40; vgl. für Deutschland auch *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 4. Aufl. 2007, S. 205 Fn. 52.

56) *Semadeni* (Fn. 29), S. 42; *Rehbinder*, Schweizerisches Urheberrecht, 3. Aufl. 2000, S. 137 Rdnr. 124. Für Deutschland *Schack* (Fn. 55), S. 205 Fn. 52.

57) *Barrelet/Egloff* (Fn. 36), Art. 12 URG Rdnr. 9; *Morscher* (Fn. 5), S. 39, 47; *Rauber* (Fn. 29), S. 157; *Rehbinder* (Fn. 56), S. 137 Rdnr. 124; *Neff/Arn* (Fn. 25), S. 246; *Caduff* (Fn. 52), S. 34. Vgl. für das deutsche Recht *Loewenheim* (Fn. 34), § 69 c UrhG, Rdnr. 25, 34; *Schuppert/Greisinger* (Fn. 2), 82; *Berger* (Fn. 31), 200 f.; *Mäger*, Der urheberrechtliche Erschöpfungsgrundsatz bei der Veräußerung von Software, CR 1996, 522 (522 f.); ferner *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, 4. Aufl. 2004, Rdnr. 1042.

58) So aber *Salvadé*, Les conditions d'épuisement du droit de distribution conféré à l'auteur, sic! 2001, 795 ff., dies freilich mit dem offen deklarierten rechtspolitischen Ziel, die befürchteten Nachteile der internationalen Erschöpfung im Urheberrecht über eine restriktive, auf das Körperliche beschränkte Auslegung des Erschöpfungsgrundsatzes zu kompensieren (801). Vgl. zur Problematik einer „an der körperlichen Sache ausgerichteten Dogmatik“ auch *Berger* (Fn. 31), 200; ferner *Grützmacher* (Fn. 2), 304.

59) Vgl. für Deutschland auch *Ulmer* (Fn. 33), 70.

60) Für Beispiele vertraglicher Regelungen, die den Eintritt der Erschöpfung ausschließen können, siehe z. B. *Rauber* (Fn. 29), S. 157 f.; *Morscher* (Fn. 5), S. 40.

so wäre in der gestützt auf einen solchen Vertrag erfolgten elektronischen Übermittlung des Computerprogramms zwar allenfalls eine Ausübung des Verbreitungsrechts zu erblicken, doch wäre mangels Veräußerung keine Erschöpfung eingetreten⁶¹. Die fragliche Programmkopie könnte folglich auch nicht ohne Urheberrechtsverletzung weiterveräußert werden. Im vorliegend zu beurteilenden Fall handelt es sich jedoch bei allen relevanten Transaktionen materiell⁶² um eine dauerhafte Überlassung von Programmkopien gegen einmaliges Entgelt, womit das Tatbestandselement der Veräußerung i. S. v. Art. 12 Abs. 2 URG gegeben ist, und zwar unabhängig davon, ob das Ursprungsexemplar beim Veräußerer verbleibt⁶³.

Dass ein Teil der Lehre – abgesehen von der Verschaffung der definitiven Verfügungsmacht über ein Werkexemplar – das *Inverkehrbringen* eines Werkexemplars als zusätzliche Voraussetzung der Erschöpfung ansieht⁶⁴, ändert nichts an diesem Befund. Das Inverkehrbringen wird in Art. 12 URG nicht erwähnt. Es stammt wohl zumindest mittelbar aus dem deutschen Recht, das bekanntlich in § 17 Abs. 2 UrhG und § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG für das Eintreten der Erschöpfung voraussetzt, dass Vervielfältigungsstücke des Werkes bzw. des Computerprogramms „im Wege der Veräußerung in Verkehr gebracht“ worden sind. Ob die Verwendung des Begriffs des Inverkehrbringens im Rahmen von Art. 12 Abs. 2 URG neben dem Veräußerungsbegriff⁶⁵ sinnvoll ist⁶⁶, kann hier dahingestellt bleiben. Denn es dürfte kaum zweifelhaft sein, dass das elektronisch übermittelte Programmexemplar spätestens mit dem Herunterladen die betriebliche Sphäre des Softwareanbieters verlässt und in die Verfügungsgewalt des Erwerbers übergeht, womit das betreffende Programmexemplar auch im Rechtssinne in Verkehr gebracht ist⁶⁷. Im Übrigen wird der Begriff des Inverkehrbringens in Deutschland dazu verwendet, Fälle von der urheberrechtlichen Erschöpfung auszuschließen, in denen der Urheber ein Werkexemplar an einen Dritten veräußert hat, die damit verbundene freie Verfügungsmöglichkeit aber nicht dem Zweck der Veräußerung entspricht, wie es z. B. beim Verkauf von Büchern zum Zwecke des Einstampfers der Fall ist⁶⁸. Mit solchen Konstellationen hat der vorliegend zu beurteilende Fall des elektronischen Softwarevertriebs aber offenkundig nichts zu tun.

(2) Analoge Anwendung von Art. 12 URG

Selbst wenn aufgrund der Unkörperlichkeit des Übermittlungsvorgangs die direkte Anwendbarkeit des Erschöpfungsgrundsatzes auf den elektronischen Softwarevertrieb abzulehnen wäre, käme Art. 12 Abs. 2 URG aufgrund der wirtschaftlich-funktionellen Äquivalenz von physischem und elektronischem Softwarevertrieb zumindest analog zur Anwendung⁶⁹. Es ist in der Tat nicht einzusehen, weshalb der elektronische Vertrieb von Computerprogrammen urheberrechtlich anders zu behandeln ist als der physische Vertrieb, nur weil im einen Fall das Werkexemplar auf einem physischen Datenträger übergeben wird und im anderen Fall das Werkexemplar aus technischen und insoweit zufälligen Gründen erst beim Empfänger per Fernkopie hergestellt wird⁷⁰. Der Übermittlungsvorgang führt in beiden Fällen dazu, dass der Ersterwerber die dauernde Herrschaft über ein Werkexemplar erlangt⁷¹. Darin aber liegt der Kern der Veräußerung.

Es erstaunt daher nicht, dass selbst Vertreter der Gegenmeinung den Erschöpfungsgrundsatz analog auf den Fall anwenden, in dem der Softwareanbieter ein Computerprogramm selbst auf die Festplatte oder einen anderen

Datenträger des Ersterwerbers kopiert, ohne dass der Softwareanbieter dabei seine eigene Kopiervorlage wegibt⁷². Weshalb in diesem Fall eine analoge Anwendung von Art. 12 Abs. 2 URG geboten sein soll, nicht aber im Fall der im Rahmen eines elektronischen Softwarevertriebs mit Zustimmung des Softwareanbieters erstellten Fernkopie, ist kaum nachvollziehbar⁷³. Hinzu kommt, dass die Erschöpfung bei einer Ungleichbehandlung von physischem und elektronischem Softwarevertrieb von der vom Softwareanbieter einseitig und zufällig gewählten technischen Übermittlungsart abhängen würde. Es kann aber nicht Sinn und Zweck von Art. 12 Abs. 2 URG sein, den Eintritt der Erschöpfung ausgerechnet in die Willkür derjenigen Person zu stellen, deren Rechte durch diese Norm eingeschränkt werden sollen⁷⁴. Damit würde die in Art. 12 URG zum Ausdruck kommende gesetzgeberische Wertung zugunsten des freien Warenverkehrs mit dem sukzessiven Übergang der Softwareindustrie vom physischen zum elektronischen Vertrieb über kurz oder lang zu Makulatur⁷⁵.

Das gegen eine Identität der Interessenlagen bisweilen angeführte Argument, physischer und elektronischer Vertrieb seien mit Bezug auf die Frage der Erschöpfung ungleich zu behandeln, weil die Missbrauchsgefahr im Bereich des elektronischen Vertriebs höher sei als beim physischen Vertrieb⁷⁶, überzeugt nicht. Zunächst ist es nicht Zweck von Art. 12 URG, den Urheber vor Miss-

61) *Rauber* (Fn. 30), S. 139 f.; *Hilty* (Fn. 36), S. 263, 769.

62) Auf die bloße Bezeichnung des Vertrags zwischen Softwareanbieter und Ersterwerber kommt es dabei selbstverständlich nicht an; *Rauber* (Fn. 15), S. 483.

63) Vgl. auch *Fröhlich-Bleuler* (Fn. 25), 573; *Caduff* (Fn. 52), S. 41 f.; für Deutschland *Nordemann/Vinck* (Fn. 39), § 69c UrhG Rdnr. 6.

64) *Semadeni* (Fn. 29), S. 36, 39; *Fröhlich-Bleuler* (Fn. 25), 573; *Rauber* (Fn. 15), S. 471; *Widmer* (Fn. 38), 262; *Gellis*, Softwarelizenz: Die Stellung des Lizenznehmers bei Veräußerung des Schutzrechts durch den Lizenzgeber oder bei dessen Konkurs, sic! 2005, 439 (441).

65) Wenn man den Begriff des Inverkehrbringens mit *Hilty* (Fn. 36), S. 254, als „Wechsel der tatsächlichen Verfügungsmöglichkeit“ versteht, so dürfte wohl mit jeder Veräußerung auch ein Inverkehrbringen gegeben sein. Zum Begriff des Inverkehrbringens siehe auch *Semadeni* (Fn. 29), S. 36; *Fröhlich-Bleuler* (Fn. 25), 573.

66) In Deutschland ist umstritten, ob der Eintritt der Erschöpfung über das Tatbestandsmerkmal des Inverkehrbringens eingeschränkt werden kann; siehe z. B. *Berger* (Fn. 25), 434 f.

67) Vgl. auch *Caduff* (Fn. 52), S. 43; im Ergebnis gleich *Witte* (Fn. 48), 89 f.

68) Dazu OLG Karlsruhe, GRUR 1979, 771.

69) Soweit in Deutschland eine Erschöpfung auch bei elektronischer Übermittlung bejaht wird, wird dies überwiegend auf dem Wege der analogen Anwendung von § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG getan. So z. B. *Sosnitzer* (Fn. 2), 207; *Grützmacher*, Gebrauchtssoftware und Übertragbarkeit von Lizenzen, CR 2007, 549 (551); ferner *Mäger* (Fn. 57), 524 ff.; *Knies*, Erschöpfung Online?, GRUR Int. 2002, 314 (316); *Hoeren*, Der urheberrechtliche Erschöpfungsgrundsatz bei der Online-Übertragung von Computerprogrammen, CR 2006, 573; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze* (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz, 2. Aufl. 2006, § 69c UrhG Rdnr. 24.

70) *Rauber* (Fn. 29), S. 136; *Hilty* (Fn. 36), S. 769; *Bühler* (Fn. 38), S. 282 f.; *Neff/Arm* (Fn. 25), S. 232. Vgl. für das deutsche Recht auch *Sosnitzer* (Fn. 2), 209; *Bartsch* (Fn. 31), 13; ferner *Knies* (Fn. 69), 316.

71) *Hilty* (Fn. 36), S. 769; *Bühler* (Fn. 38), S. 276; *Neff/Arm* (Fn. 25), S. 232. Vgl. zum deutschen Recht auch *Ulmer* (Fn. 33), 69; *Hoeren* (Fn. 69), 574; *Grützmacher* (Fn. 2), 304.

72) *Semadeni* (Fn. 29), S. 47.

73) Die richtigen Konsequenzen aus diesem Sachverhalt zog schon *Bartsch* (Fn. 31), 13. Die Begründung von *Semadeni* (Fn. 29), S. 47 Fn. 149, wonach es auf die „eigenhändige Vornahme der Werkerstellung durch den Berechtigten“ ankomme, findet in Art. 12 Abs. 2 URG keine Stütze.

74) Vgl. für das deutsche Recht auch *Sosnitzer* (Fn. 2), 207; *Bartsch* (Fn. 31), 11.

75) Vgl. dazu auch *Berger* (Fn. 31), 203.

76) *Semadeni* (Fn. 29), S. 152 ff., 156, 166; vgl. auch *Schuppert/Greisinger* (Fn. 2), 82; *Spindler* (Fn. 22), 72, 77; *Wibel/Appi* (Fn. 3), 191; *Schack*, UFITA 2001/II, 591 (592).

brauch und Piraterie zu schützen, sondern eben die Erschöpfung und damit eine Beschränkung des subjektiven Urheberrechts im Interesse des freien Warenverkehrs anzuordnen. Sodann ist zweifelhaft, inwiefern die Missbrauchsgefahr beim elektronischen Vertrieb effektiv höher ist als beim physischen Vertrieb⁷⁷. Ob der Ersterwerber eine digitale Kopie auf CD erhält oder diese über das Internet bezieht, macht mit Bezug auf die Missbrauchsgefahr keinen Unterschied. Zwar mag es zutreffen, dass der Softwareanbieter bei der Weiterveräußerung elektronisch übermittelter Computerprogramme nur schwer prüfen kann, ob der Ersterwerber sein Programmexemplar löscht und nicht weiter benutzt, doch ist dies beim physischen Vertrieb nicht anders, da der Softwareanbieter auch in diesem Fall kaum abschätzen kann, ob der Ersterwerber das Computerprogramm nach Weiterveräußerung des physischen Datenträgers auf seinen Rechnern effektiv deinstalliert. Auch die von Vertretern der Gegenmeinung angeführten Beweisschwierigkeiten seitens des Softwareanbieters⁷⁸ erfordern keine ungleiche Behandlung, denn es ist der Zweiterwerber, der gemäß Art. 8 ZGB die Beweislast für den rechtmäßigen Erwerb der von ihm verwendeten Software trägt⁷⁹. Sofern ein Softwareanbieter im elektronischen Vertrieb dennoch eine erhöhte Missbrauchsgefahr erblickt, steht es ihm frei, beim physischen Softwarevertrieb zu bleiben oder gegebenenfalls andere geeignete Maßnahmen zu treffen, um sich gegen Missbrauch zu schützen⁸⁰. Ein Schutzdefizit zu Lasten der Softwareanbieter, das durch den Ausschluss der Erschöpfung für den elektronischen Softwarevertrieb behoben werden könnte, ist diesbezüglich jedenfalls nicht festzustellen.

(3) Zwischenergebnis

Nach dem Gesagten ist das Vorliegen einer Veräußerung i. S. v. Art. 12 Abs. 2 URG auch im Falle des elektronischen Softwarevertriebs zu bejahen, wobei es letztlich nicht darauf ankommt, ob der Veräußerungsbegriff direkt oder analog zur Anwendung gelangt. Dieses Auslegungsergebnis steht im Einklang mit der heute wohl herrschenden⁸¹ schweizerischen Lehre, die zu Recht davon ausgeht, (i) dass der elektronische Vertrieb über das Herunterladen von Programmkopien ohne Übergabe physischer Datenträger jedenfalls dann als Verbreitung i. S. v. Art. 10 Abs. 2 lit. b URG zu qualifizieren ist, wenn dieser Vertriebsvorgang auf Seiten des Ersterwerbers zum Erwerb einer dauerhaften Programmkopie führt, und (ii) dass das Verbreitungsrecht des Urhebers an der elektronisch übermittelten Programmkopie jedenfalls dann i. S. v. Art. 12 Abs. 2 URG erschöpft ist, wenn sie dem Ersterwerber vom Softwareanbieter zeitlich unlimitiert und zur freien Verfügung überlassen wird⁸². Damit lässt sich als Zwischenergebnis festhalten, dass der Erschöpfungsgrundsatz auch beim hier zu beurteilenden elektronischen Softwarevertrieb zur Anwendung gelangt. Zu prüfen bleibt aber noch, ob dieses Auslegungsergebnis auch mit den völker- und europarechtlichen Vorgaben zu vereinbaren ist.

c) Völkerrechtliche Vorgaben

Ein Teil der Lehre⁸³ vertritt die Auffassung, dass die Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes auf den elektronischen Softwarevertrieb den Regelungen des für die Schweiz am 1. Juli 2008 in Kraft getretenen WIPO Copyright Treaty (WCT)⁸⁴ widerspreche, weil dieser jede elektronische Übermittlung von Werken pauschal dem nicht erschöpfbaren Recht der Zugänglichmachung unterwerfe. Eine Analyse des WCT ergibt hingegen, dass der Qualifi-

kation des elektronischen Softwarevertriebs im hier verstandenen Sinne als erschöpfungsrelevante Verbreitungshandlung keine völkerrechtlichen Normen entgegenstehen.

In Art. 6 WCT wird das Verbreitungsrecht („right of distribution“) und in Art. 8 WCT das Recht der öffentlichen Wiedergabe („right of communication to the public“) geregelt. Dabei stellen sich vergleichbare Abgrenzungsfragen wie im nationalen schweizerischen Recht, zumal Art. 6 und Art. 8 WCT materiell nicht über Art. 10 Abs. 2 lit. b bzw. Art. 10 Abs. 2 lit. c URG hinausgehen⁸⁵. Während Art. 6 WCT die körperliche Werkverwertung mittels Werkexemplaren („the original and copies of their works“) anvisiert, bezieht sich Art. 8 WCT auf die unkörperliche Werkverwertung („communication to the public of their works“). In den Erläuterungen des „Basic Proposal“ zum WCT⁸⁶ wird ausgeführt, dass das Recht der öffentlichen Wiedergabe gem. Art. 8 WCT weit zu verstehen ist. Insbesondere soll davon das Zugänglichmachen eines Werkes *mit irgendwelchen Mitteln* („making a work available to the public by any means or process ...“) erfasst werden, doch wird noch im gleichen Satz präzisiert, dass die Verbreitung von Werkexemplaren damit nicht gemeint ist („... other than by distribution of copies“)⁸⁷. Ist also im elektronischen Softwarevertrieb – wie vorliegend – ein Akt der körperlichen Werkverwertung durch Verbreitung von Werkexemplaren zu erblicken, so kann das Recht auf öffentliche Wiedergabe bzw. das Recht der Zugänglichmachung auch auf völkerrechtlicher Ebene nicht greifen. Dies bedeutet selbstverständlich nicht, dass die öffentliche Zugänglichmachung von Werkexemplaren im Internet nicht vom Recht der Zugänglichmachung erfasst wäre⁸⁸, sondern nur, dass die elektronische Übermittlung

77) Bühler (Fn. 38), S. 283; vgl. auch Rüffler (Fn. 3), 57; Schrader/Rautenstrauch (Fn. 38), 253; Sosnitz (Fn. 2), 209; Mäger (Fn. 57), 526; Tai (Fn. 46), 209 f.

78) So z. B. Wiebel/Apl (Fn. 3), 191.

79) Vgl. dazu im markenrechtlichen Kontext auch das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, ZR 94 [1995] Nr. 37, 118; für Deutschland Berger (Fn. 31), 202; Bartsch (Fn. 31), 11 Fn. 15.

80) Vgl. Rüffler (Fn. 3), 57; Schrader/Rautenstrauch (Fn. 38), 256; Sosnitz (Fn. 2), 211; Grütmacher (Fn. 2), 305; Bartsch (Fn. 31), 11.

81) So Rauber (Fn. 29), S. 157; ders. (Fn. 30), S. 134.

82) Barrelet/Egloff (Fn. 36), Art. 10 URG Rdnr. 16, Art. 12 URG Rdnr. 1 a; Morscher (Fn. 5), S. 39, 47, 52; Rauber (Fn. 15), S. 466; ders. (Fn. 29), S. 135 f., 157, 159; Gellis (Fn. 64), 441 Fn. 19; Bühler (Fn. 38), S. 193 ff., 275 ff.; Neff/Arn (Fn. 25), S. 232 f., 247 f., 250; Thomann (Fn. 32), S. 28; Fröblich-Bleuler (Fn. 25), 573; Stirnimann, Urheberkartellrecht, 2004, S. 78 f.; Hilty, Der Schutz von Computerprogrammen, sic! 1997, 128 (134 f.); ders. (Fn. 36), S. 263, 769; vgl. auch Gordon (Fn. 5), 761; Straub, Informatikrecht, 2003, S. 21, 91.

83) Semadeni (Fn. 29), S. 149; Bühler (Fn. 38), S. 284; Neff/Arn (Fn. 25), S. 233 ff.; ferner Pfortmüller (Fn. 50), Art. 12 URG Rdnr. 10.

84) WIPO Doc. CRNR/DC/94, in deutscher Übersetzung für die Schweiz veröffentlicht als WIPO-Urheberrechtsvertrag vom 20.12.1996 (WCT) (SR 0.231.151).

85) Eine materielle Anpassung des schweizerischen Rechts in diesem Bereich war denn auch nicht notwendig, auch wenn Art. 10 Abs. 2 lit. c URG durch die explizite Erwähnung des „On-Demand-Rechts“ formell angeglichen wurde. Siehe Botschaft des Bundesrats zum Bundesbeschluss über die Genehmigung von zwei Abkommen der Weltorganisation für geistiges Eigentum und zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes, BBl. 2006, 3420; gl. M. Pfortmüller (Fn. 50), Art. 10 URG Rdnr. 10.

86) Basic Proposal for the Substantive Provisions of the Treaty on Certain Questions Concerning the Protection of Literary and Artistic Works to Be Considered by the Diplomatic Conference, WIPO Doc. CRNR/DC/4 (August 30, 1996) („Basic Proposal“).

87) Basic Proposal, Ziff. 10.14.

88) So zu Recht auch Basic Proposal, Ziff. 10.10. Auch ein Werkexemplar, an dem infolge elektronischer Übermittlung die Erschöpfung eingetreten ist, kann also nicht urheberrechtsfrei der Öffentlichkeit zum erneuten interaktiven Abruf zugänglich gemacht werden.

eines Werkexemplars zwecks Veräußerung im Rahmen von Kauf, Tausch oder Schenkung dem Verbreitungsrecht unterfällt. Für den elektronischen Softwarevertrieb ist demnach auf völkerrechtlicher Ebene das Verbreitungsrecht gem. Art. 6 Abs. 1 WCT einschlägig, das unter den Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 2 WCT der Erschöpfung unterliegt. Diese Bestimmung lautet wie folgt:

„Nothing in this Treaty shall affect the freedom of Contracting Parties to determine the conditions, if any, under which the exhaustion of the right in paragraph (1) applies after the first sale or other transfer of ownership of the original or a copy of the work with the authorization of the author.“

Neben dem vorliegend unproblematischen Erfordernis der Zustimmung des Urhebers („authorization of the author“) wird wie in Art. 12 URG das Vorliegen eines Werkexemplars („original or a copy of the work“) vorausgesetzt. Dabei stellt die Vereinbarte Erklärung zu Art. 6 und 7 WCT klar, dass mit dem Begriff des Werkexemplars („copies“) nur dauerhafte – also nicht: flüchtige – Werkexemplare gemeint sind, die als greifbare Objekte in Verkehr gesetzt werden können („fixed copies that can be put into circulation as tangible objects“). Dies trifft nach den vorstehenden Ausführungen aber auch auf elektronisch übermittelte Werkexemplare zu, wenn man etwa an Computerprogramme denkt, die vom Server des Softwareanbieters direkt, also ohne weiteren Kopiervorgang, auf einen USB-Stick gespeichert werden⁸⁹. Entgegen den Ausführungen in der bundesrätlichen Botschaft zur Umsetzung des WCT⁹⁰ lässt sich aus der Vereinbarten Erklärung zu Art. 6 und 7 mithin nicht generell ableiten, dass die digitale Übermittlung vom Anwendungsbereich des Verbreitungsrechts vollständig ausgeschlossen werden soll⁹¹, denn dort wird lediglich der Begriff des Werkexemplars („copy“) definiert, während übermittlungstechnische Fragen gar nicht angesprochen werden⁹². Mit Blick auf den im Rahmen des Verbreitungsrechts relevanten völkerrechtlichen Begriff des Werkexemplars bestehen materiell keine Unterschiede zum schweizerischen Recht.

Damit bleibt noch die Voraussetzung des „transfer of ownership“. Materiell und funktionell entspricht dieser Begriff dem schweizerischen Veräußerungsbegriff. Es geht also primär darum, dauerhafte Veräußerungen gem. Art. 6 WCT von zeitlich limitierten Gebrauchsüberlassungen nach Art. 7 WCT abzugrenzen, um das dort geregelte Vermietrecht von der Erschöpfung ausnehmen zu können. Anders als die ohnehin nicht authentische⁹³ deutsche Übersetzung („Eigentumsübertragung“) vermuten ließe, ist der Begriff des „transfer of ownership“ nicht auf Eigentumsübertragungen im zivilrechtlichen Sinne beschränkt. Dies zeigt auch ein Blick auf die Verwendung dieses Begriffs im amerikanischen Recht, das der Formulierung in Art. 6 Abs. 2 WCT Pate gestanden haben dürfte⁹⁴. Nach amerikanischem Verständnis wird der Begriff des „transfer of ownership“ nicht nur für die Eigentumsübertragung an Sachen verwendet, sondern auch für die Übertragung von Urheberrechten⁹⁵, ja sogar für die Einräumung exklusiver Lizenzen⁹⁶. Man wird den USA aber kaum unterstellen können, sie hätten im Rahmen des WCT mit dem Begriff des „transfer of ownership“ ihren weit verstandenen Veräußerungsbegriff gegen die Sachenrechtsdogmatik des schweizerischen oder deutschen Rechts eintauschen wollen. In der Tat äußerte die amerikanische Regierung sowohl vor⁹⁷ wie auch nach⁹⁸ der Umsetzung des WCT die Ansicht, dass nach amerikanischem Recht auch ein digital übermitteltes Werk-

exemplar grundsätzlich der Erschöpfung unterliegt⁹⁹. Im Rahmen der Erschöpfungsregelung von Art. 6 Abs. 2 WCT ging es mithin vor allem um die Abgrenzung der dauerhaften von der zeitlich beschränkten Überlassung eines Werkexemplars¹⁰⁰. Über diese Abgrenzung hinaus wird der Begriff des „transfer of ownership“ durch den WCT nicht weiter konkretisiert. Insbesondere wird nicht zwischen verschiedenen Übertragungsmodalitäten unterschieden, weshalb es den Signatarstaaten überlassen bleibt, ob sie den „transfer of ownership“ auf die sachenrechtliche Übertragung des Besitzes an einem Werkexemplar beschränken oder ob sie – wie die Schweiz – von einem weiter gefassten Begriff der Veräußerung ausgehen wollen, der auch den elektronischen Vertrieb von Werken erfasst¹⁰¹.

Damit kann festgehalten werden, dass eine Auslegung von Art. 12 Abs. 2 URG, wonach auch der elektronische Softwarevertrieb im hier verstandenen Sinne unter den Begriff der Veräußerung fällt und damit dem Erschöpfungsgrundsatz unterliegt, nicht gegen völkerrechtliche Normen verstößt¹⁰².

d) Europarechtliche Aspekte

Da der schweizerische Gesetzgeber das URG gerade im Bereich der Computerprogramme europakompatibel ausgestalten wollte¹⁰³, ist es geboten, auch das Gemeinschaftsrecht bei der Auslegung des schweizerischen Rechts

89) Selbst die Festplatte eines Computers könnte theoretisch in Verkehr gesetzt werden, entweder separat oder als Teil der Veräußerung des gesamten Computers.

90) Botschaft zum Bundesbeschluss über die Genehmigung von zwei Abkommen der Weltorganisation für geistiges Eigentum und zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes vom 10. März 2006, BBl. 2006, 3412.

91) A. M. wohl Reinbothe/von Lewinski (Fn. 47), Art. 6 WCT Rdnr. 11, 15, Art. 8 WCT Rdnr. 16; Walter (Fn. 46), S. 372; Hilty (Fn. 82), 135; Bühler (Fn. 38), S. 284, der aber dennoch zum Ergebnis gelangt, dass die Ratifikation des WCT der Erstreckung der Erschöpfung auf die Veräußerung von Werkexemplaren über das Internet nicht entgegensteht (S. 285).

92) Von der Erschöpfung ausgeschlossen wird dadurch einzig die Verbreitung flüchtiger Werkexemplare, wie sie namentlich im Rahmen des Rechts der Zugänglichmachung nach Art. 8 WCT relevant sind. Vgl. dazu auch den Vorschlag der USA, statt „copies“ zur Klarstellung den Ausdruck „permanent copies“ in den Text von Art. 6 WCT (damals Art. 8 des Entwurfs) aufzunehmen; Amendments to Arts. 6, 8, 9 and 16 of Draft Treaty No. 1 proposed by the Delegation of the United States of America, WIPO Doc. CRNR/DC/60.

93) Art. 24 WCT.

94) Generell zum Einfluss der USA auf die Gestaltung des WCT, vgl. auch Rigamonti, Schutz gegen Umgehung technischer Maßnahmen im Urheberrecht aus internationaler und rechtsvergleichender Perspektive, GRUR Int. 2005, 1 (4) (m.w.H.).

95) 17 U.S.C. §§ 201(d), 202.

96) 17 U.S.C. § 101 (Definition von „transfer of copyright ownership“).

97) Information Infrastructure Task Force, Intellectual Property and the National Information Infrastructure: The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights, 1995, S. 93 („Clearly, the first sale doctrine should apply if the particular copy involved is in fact the copy that is further distributed, even if the copy was first obtained by transmission“).

98) U.S. Copyright Office, DMCA Sec. 104 Report, 2001, S. 78 („a lawfully made tangible copy of a digitally downloaded work ... is subject to section 109 [sc. the first sale doctrine]“).

99) Umstritten ist aus amerikanischer Sicht einzig die Frage, ob die Weiterveräußerung elektronisch übermittelter Werkexemplare wiederum elektronisch erfolgen darf, was in der Regel unter Verweis auf das Vervielfältigungsrecht verneint wird; zu dieser Frage siehe hinten im Text unter IV.2.

100) Reinbothe/von Lewinski (Fn. 47), Art. 6 WCT Rdnr. 12.

101) Vgl. auch Bühler (Fn. 38), S. 284.

102) Gl. M. wohl Morscher (Fn. 5), S. 50; Bühler (Fn. 38), S. 285.

103) Hilty (Fn. 82), 132 f.; Fröhlich-Bleuler (Fn. 25), 569; Widmer (Fn. 38), 248; Govoni, Der urheberrechtliche Schutz von Computerprogrammen, AJP 1993, 569 (570 f.).

zu berücksichtigen¹⁰⁴, insbesondere was die Regelungen der Software-RL¹⁰⁵ und der Info-RL¹⁰⁶ anbelangt.

(1) Software-RL

Einschlägig mit Bezug auf die hier interessierende Problematik ist insbesondere Art. 4 lit. c S. 2 Software-RL, der den Erschöpfungsgrundsatz wie folgt regelt:

„Mit dem Erstverkauf einer Programmkopie in der Gemeinschaft durch den Rechtsinhaber 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.“

Der Wortlaut dieser Bestimmung („Erstverkauf einer Programmkopie“) setzt nicht zwingend die faktische Übergabe eines körperlichen Werkexemplars oder die Übertragung des Eigentums an einem Werkexemplar voraus, so dass elektronisch übermittelte Programmkopien durchaus auch unter diese Bestimmung fallen¹⁰⁷. Dies passt auch zum weiten Anwendungsbereich des Verbreitungsrechts, das gem. Art. 4 lit. c S. 1 Software-RL „jede Form der öffentlichen Verbreitung des originalen Computerprogramms oder von Kopien davon, einschließlich der Vermietung“ umfasst. Es wird also gerade nicht zwischen elektronischer und physischer Verbreitung unterschieden, und der ausdrückliche Hinweis auf „jede Form“ der öffentlichen Verbreitung legt es gar nahe, auch den elektronischen Softwarevertrieb im Rahmen eines „Erstverkaufs“ unter das Verbreitungsrecht zu subsumieren¹⁰⁸. Sogar die Europäische Kommission hat eingeräumt, dass Art. 4 lit. c Software-RL so ausgelegt werden kann, dass sich das Verbreitungsrecht „nicht auf die Verbreitung materieller Vervielfältigungsstücke auf Disketten beschränkt“¹⁰⁹. Für den elektronischen Softwarevertrieb im hier verstandenen Sinne gibt es praktisch denn auch kaum eine Alternative zu dieser Einordnung, zumal die Software-RL für Computerprogramme kein Recht der Zugänglichmachung vorsieht, das von Erschöpfungsgegnern sonst gerne angerufen wird¹¹⁰.

Damit ist aber zugleich gesagt, dass auch der Erschöpfungsgrundsatz auf die elektronische Übermittlung von Computerprogrammen im Rahmen eines „Erstverkaufs“ in der Europäischen Gemeinschaft anwendbar sein muss. Daran vermag auch die missverständliche Aussage der Kommission nichts zu ändern, wonach die Erschöpfung nach der Software-RL lediglich eintrete, „wenn eine Programmkopie, also eine Ware, verkauft wird“, während die „Lieferung über On-line-Dienste“ keine Erschöpfung bewirke¹¹¹, denn damit kann vor dem Hintergrund der oben zitierten Aussage¹¹² widerspruchsfrei nur die primärrechtlich gebotene Unterscheidung zwischen Warenverkehr und Dienstleistung gemeint sein, nicht aber der Unterschied zwischen physischer und elektronischer Übermittlung einer verkauften Programmkopie zwecks Vollzugs eines Warenaustauschgeschäfts¹¹³. Eine Auslegung von Art. 10 Abs. 2 lit. a bzw. Art. 12 Abs. 2 URG, wonach der elektronische Softwarevertrieb dem Verbreitungsrecht und dem Erschöpfungsgrundsatz unterliegt, ist folglich von der Software-RL gedeckt¹¹⁴ und damit auch europakompatibel¹¹⁵.

(2) Info-RL

Nun wird in der Lehre teilweise die Meinung vertreten, dass sich aus der Info-RL, mit der die völkerrechtlichen Vorgaben des WCT umgesetzt wurden, etwas anderes ergebe¹¹⁶. In diesem Zusammenhang wird allerdings zu selten berücksichtigt, dass aufgrund von Art. 1 Abs. 2

lit. a Info-RL bereits fraglich ist, ob die Info-RL auf Computerprogramme überhaupt anwendbar ist¹¹⁷.

Geht man dennoch von der Anwendbarkeit der Info-RL aus, so ist festzustellen, dass auch die Info-RL zwischen unkörperlicher und körperlicher Werkverwertung unterscheidet, indem in Art. 3 Abs. 1 Info-RL ein Recht der öffentlichen Wiedergabe und der öffentlichen Zugänglichmachung und in Art. 4 Abs. 1 Info-RL ein Verbreitungsrecht¹¹⁸ vorgesehen wird. Wenig überraschend hält Art. 3 Abs. 3 Info-RL fest, dass die öffentliche Wiedergabe und die öffentliche Zugänglichmachung das Recht der öffentlichen Wiedergabe bzw. das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung nicht zu erschöpfen vermögen. Demgegenüber wird für das Verbreitungsrecht in Art. 4 Abs. 2 Info-RL ausdrücklich die Erschöpfung angeordnet. Damit wird aber lediglich die Regelung von Art. 6 und Art. 8 WCT umgesetzt¹¹⁹, die – wie soeben erläutert – nicht gegen eine Gleichbehandlung des physischen und des elektronischen Softwarevertriebs spricht¹²⁰. Eine positive Regelung der vorliegend zu beurteilenden Erschöpfungsfrage, wonach bei elektronischer Übermittlung von Computerprogrammen zwecks Vollzugs eines Veräußerungsgeschäfts die Erschöpfung nicht eintreten soll, ist darin jedenfalls nicht zu erblicken¹²¹.

Nichts anderes ergibt sich aus der in der Literatur¹²² bisweilen angerufenen Erw. 29 Info-RL, wonach sich die Erschöpfung „weder bei Dienstleistungen allgemein noch bei Online-Diensten im Besonderen“ stelle, was auch für „materielle Vervielfältigungsstücke eines Werkes“ gelte, die „durch den Nutzer eines solchen Dienstes mit Zustimmung des Rechtsinhabers hergestellt worden sind“, denn anders als in den Fällen, in denen das geistige

104) *Rauber* (Fn. 15), S. 466.

105) Richtlinie des Rates vom 14.5.1991 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen (91/250/EWG), ABl. L 122 vom 17.5.1991, 42 („Software-RL“).

106) Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.5.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABl. L 167 vom 22.6.2001, 10 („Info-RL“).

107) So auch *Rüffler* (Fn. 3), 55; *Blocher*, in: *Walter* (Hrsg.), *Europäisches Urheberrecht*, 2001, Art. 4 Software-RL Rdnr. 28.

108) Gl. M. *Neff/Arn* (Fn. 25), S. 233; *Dessemontet*, *Le droit d'auteur*, 1999, S. 706 Rdnr. 1164; *Blocher* (Fn. 107), Art. 4 Software-RL Rdnr. 25.

109) Bericht der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament und den Wirtschafts- und Sozialausschuss über die Umsetzung und die Auswirkungen der Richtlinie 91/250/EWG über den Rechtsschutz von Computerprogrammen vom 10.4.2000, KOM(2000) 199 endg., S. 18.

110) Siehe oben Fn. 83.

111) Bericht der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament und den Wirtschafts- und Sozialausschuss über die Umsetzung und die Auswirkungen der Richtlinie 91/250/EWG über den Rechtsschutz von Computerprogrammen vom 10.4.2000, KOM(2000) 199 endg., S. 18.

112) Siehe oben im Text bei Fn. 109.

113) A. M. *Morscher* (Fn. 5), S. 42; *Tai* (Fn. 46), 207.

114) Vgl. auch *Hilty* (Fn. 82), 134 f.

115) Dass die Software-RL mit der Beschränkung der erschöpfungsrelevanten Veräußerungsgeschäfte auf den „Erstverkauf“ dem Wortlaut nach scheinbar enger gefasst ist als der Begriff der Veräußerung in Art. 12 Abs. 2 URG, der auch Tausch und Schenkung einschließt, spielt vorliegend keine Rolle, weil es bei den in Frage stehenden Transaktionen jedenfalls nicht um Tausch oder Schenkung geht.

116) *Morscher* (Fn. 5), S. 45; *Neff/Arn* (Fn. 25), S. 235; vgl. auch *Heydn/Schmidl* (Fn. 2), 77.

117) Siehe auch *Spindler* (Fn. 2), 71; *Rüffler* (Fn. 3), 56.

118) Dazu jüngst EuGH, GRUR Int. 2008, 593.

119) Einschließlich der verfehlten Übersetzung von „transfer of ownership“ als „Eigentumsübertragung“; siehe dazu bereits oben im Text vor Fn. 94.

120) Siehe auch *Sosnitza* (Fn. 2), 207; a. M. *Bühler* (Fn. 38), S. 280.

121) *Grützmacher* (Fn. 2), 304; *Walter* (Fn. 46), S. 379; a. M. *Wiebel Appl* (Fn. 3), 194.

122) So z. B. *Morscher* (Fn. 5), S. 444; *Salvadé* (Fn. 58), 796 f.; *Koch* (Fn. 7), 142; *Schack*, *Rechtsprobleme der Online-Übermittlung*, GRUR 2007, 639 (643 f.); ferner *Kotthoff* (Fn. 39), § 69 c UrhG Rdnr. 23.

Eigentum in einem materiellen Träger verkörpert sei, sei jede Bereitstellung eines Online-Dienstes eine zustimmungsbedürftige Handlung, wenn das Urheberrecht dies vorsehe. Diese Erwägung, die auf Erw. 33 Datenbank-RL¹²³ zurückgeht¹²⁴, erläutert die Regelung von Art. 3 Abs. 3 Info-RL und stellt damit lediglich klar, dass das Recht der öffentlichen Wiedergabe und das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung nicht der Erschöpfung unterstehen, weil sie sich auf Dienstleistungen beziehen, was vor dem Hintergrund des europäischen Primärrechts aber selbstverständlich ist¹²⁵. Erw. 29 Info-RL regelt mithin gerade nicht die Modalitäten des Erschöpfungsgrundsatzes im Kontext des Verbreitungsrechts¹²⁶ und betrifft auch nicht den vorliegend zu beurteilenden Fall des einmaligen Austausches von Ware gegen Geld¹²⁷. Vielmehr sind mit „Online-Diensten“¹²⁸ Geschäftsmodelle gemeint, bei der die Übertragung des Computerprogramms bei jeder Benutzung aufs Neue durch Abruf („on demand“) erfolgt, wie dies z. B. bei Diensten wie Online-Datenbanken oder Application Service Providing (ASP)¹²⁹ der Fall ist¹³⁰.

Liegt im konkreten Fall ein Online-Dienst im soeben dargelegten Sinne vor, so soll eine Erschöpfung auch dann nicht eintreten, wenn im Zusammenhang mit der Nutzung des Online-Dienstes mit Zustimmung des Urhebers Kopien des Werkes angefertigt werden, denn im Unterschied zum elektronischen Softwarevertrieb wird in diesem Fall das Entgelt nicht für die dauerhafte Überlassung eines Werkexemplars, sondern für den Datenabruf im Rahmen einer umfassenderen Online-Dienstleistung entrichtet¹³¹. Das Erbringen einer wiederkehrenden Dienstleistung auf Abruf hat aber mit der einmaligen elektronischen Übermittlung eines Werkexemplars zur dauerhaften freien Verfügung des Erwerbers zwecks Erfüllung eines Veräußerungsgeschäfts nichts zu tun¹³². Der Unterschied zu den Online-Diensten i. S. v. Erw. 29 Info-RL tritt auch offen zu Tage, wenn man sich vor Augen hält, dass der elektronische Softwarevertrieb nicht zwingend über das Herunterladen eines Computerprogramms vom Server des Softwareanbieters laufen müsste, sondern grundsätzlich auch ein Versand per e-mail in Frage käme, bei dem kaum jemand von einem Online-Dienst sprechen würde¹³³.

Folglich steht auch die Info-RL – selbst bei Annahme ihrer Anwendbarkeit auf Computerprogramme – der Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes auf den elektronischen Softwarevertrieb nicht entgegen¹³⁴.

2. Elektronische Weiterveräußerung?

Die Erschöpfungswirkungen gem. Art. 12 Abs. 2 URG bestehen darin, dass der Erwerber die physisch oder elektronisch erworbene Programmkopie gebrauchen und weiterveräußern darf. Mit Bezug auf die Modalität der Weiterveräußerung bestehen grundsätzlich drei Möglichkeiten. *Erstens* kann der Ersterwerber dem Zweiterwerber den physischen Datenträger übergeben, auf dem sein Werkexemplar im Rahmen des Erwerbs vom Softwareanbieter erstmals dauerhaft gespeichert wurde, was typischerweise die Festplatte des herunterladenden Computers oder allenfalls auch ein USB-Stick sein dürfte. *Zweitens* kann der Ersterwerber dem Zweiterwerber einen physischen Datenträger übergeben, auf dem sich ein gerade zum Zweck der Weiterveräußerung hergestelltes Werkexemplar befindet, also z. B. eine CD, auf die das heruntergeladene Programm kopiert wurde. *Drittens* kann der Ersterwerber dem Zweiterwerber das heruntergeladene Computerprogramm wiederum elektronisch übermitteln, sei es via e-mail oder durch Ermöglichung

des Zugriffs über das Internet. Ein Teil der schweizerischen Lehre möchte die Weiterveräußerung lediglich „auf körperlichem Weg“¹³⁵ zulassen und sieht in der elektronischen Weiterveräußerung eine Verletzung des Vervielfältigungsrechts und des Rechts der Zugänglichmachung¹³⁶.

Urheberrechtlich unproblematisch ist die erste Variante, weil dabei mit Ausnahme des erschöpften Verbreitungsrechts keine ausschließlichen Rechte des Urhebers tangiert werden. Bei der zweiten Variante hingegen stellt der Ersterwerber zum Zweck der Weiterveräußerung ein Werkexemplar her. Dennoch ist darin wohl keine Verletzung des Vervielfältigungsrechts des Urhebers zu sehen, da der Austausch des physischen Datenträgers vom Gebrauchsrecht gem. Art. 12 Abs. 2 URG gedeckt sein dürfte¹³⁷. Darüber hinaus macht es wirtschaftlich keinen Unterschied, ob der Erwerber den USB-Stick verkauft, auf den er das Computerprogramm vom Softwareanbieter heruntergeladen hat, oder ob er eine CD brennt und diese weitergibt – immer vorausgesetzt natürlich, dass er dann die Kopie auf dem USB-Stick löscht. Da der Softwareanbieter in dieser Situation kein legitimes Interesse an einem Verbot der Herstellung der CD hätte und dieses wohl einzig der Erschwerung der gesetzlich zulässigen Weiterveräußerung dienen würde, stellt sich darüber hinaus die Frage, ob die Berufung auf das Vervielfältigungsrecht unter die-

123) Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.3.1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken, ABl. L 77 vom 27.3.1996, 20 („Datenbank-RL“).

124) *Reinbothe*, Die Umsetzung der EU-Urheberrechtsrichtlinie in deutsches Recht, ZUM 2002, 48. Auch bei Erw. 33 Datenbank-RL ging es um „Online-Datenbanken, die in den Dienstleistungsbereich fallen“, mithin also nicht um den vorliegenden Fall; siehe dazu *Hoeren* (Fn. 69), 574; *Blocher* (Fn. 107), Art. 4 Software-RL Rdnr. 29; differenzierend *Spindler* (Fn. 2), 71 f.; anders wohl *Loewenheim*, in: ders. (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, 2003, § 20 Rdnr. 34 und Fn. 121.

125) *Reinbothe*, Die EG-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, GRUR Int. 2001, 733 (736); *Blocher* (Fn. 107), Art. 4 Software-RL Rdnr. 29; vgl. auch *Walter* (Fn. 46), S. 379 f.

126) *Grützmacher* (Fn. 2), 304.

127) Vgl. auch *Knies* (Fn. 69), 316; ferner *Witte* (Fn. 48), 90.

128) Zur Begriffsbestimmung im Einzelnen *Rüffler* (Fn. 3), 56 f.

129) Dazu im Detail *Berger*, ASP: Ein neues Geschäftsmodell als Herausforderung für das Recht?, sic! 2002, 667; ferner *Jörg*, Application Service Providing-Vertrag, in: *Jörg/Arter*, Internet-Recht und IT-Verträge, 2005, S. 285.

130) *Hoeren*, Gutachten zur Frage der Geltung des urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatzes bei der Online-Übertragung von Computerprogrammen vom 17.2.2006, S. 10 f.

131) *Rüffler* (Fn. 3), 57. Bezieht man Erw. 29 Info-RL bzw. Erw. 33 Datenbank-RL mit *Walter* (Fn. 46), S. 380, strikt auf das Recht der Zugänglichmachung (und nicht auf das Verbreitungsrecht), so würde mit diesen Erwägungen sogar lediglich die Selbstverständlichkeit wiederholt, dass die Vervielfältigungsstücke nicht selbst wieder öffentlich zugänglich gemacht werden dürfen, womit nichts über die Erschöpfung des Verbreitungsrechts daran gesagt wäre.

132) Gl. M. *Rüffler* (Fn. 3), 56 f.; *Sosnitzer* (Fn. 2), 208; *Grützmacher* (Fn. 2), 304; *Hoeren* (Fn. 130), S. 11 f.; *Blocher* (Fn. 107), Art. 4 Software-RL Rdnr. 29; ferner *Schrader/Rautenstrauch* (Fn. 38), 253; *Bühler* (Fn. 38), S. 282. Vgl. auch *Dessemontet* (Fn. 108), S. 214 Rdnr. 286, der im Zusammenhang mit der Ablehnung der Erschöpfung im Rahmen der Online-Verwertung ebenfalls bloß wiederkehrende Dienstleistungen vor Augen hat.

133) Vgl. auch *Reinbothe/von Lewinski* (Fn. 47), Art. 8 WCT Rdnr. 21 (keine Anwendbarkeit des Rechts der Zugänglichmachung gemäß Art. 8 WCT auf Übermittlungen per e-mail).

134) Gl. M. *Witte* (Fn. 48), 90.

135) *Neff/Arn* (Fn. 25), S. 250.

136) *Semadeni* (Fn. 29), S. 150.

137) Will man die Weiterveräußerung nicht als bestimmungsgemäße Handlung ansehen (vgl. dazu aber *Hilty*, Der Softwarevertrag, MMR 2003, 1 (13)) und daher das Gebrauchsrecht des Veräußerers nicht gelten lassen, so würde wohl das Gebrauchsrecht des Erwerbers greifen, der ohne Zweifel zum Gebrauch (wie auch zur Herstellung einer Sicherungskopie gemäß Art. 24 Abs. 2 URG) befugt ist und mit der Herstellung der dafür erforderlichen Programmkopien auch Dritte, also auch den Veräußerer, beauftragen kann. Siehe zu letzterem *Caduff* (Fn. 52), S. 122 f. und Fn. 606.

sen Umständen rechtsmissbräuchlich wäre. Wie es sich damit verhält, kann aber letztlich offen gelassen werden, weil diese Variante von den beteiligten Parteien vorliegend ohnehin nicht gewählt wird¹³⁸.

Bei der dritten Variante – der elektronischen Weiterveräußerung – stellt sich zunächst auf Seiten des Ersterwerbers die Frage, ob er durch die elektronische Übermittlung an den Zweiterwerber in das Recht der Zugänglichmachung des Urhebers eingreift. Dies ist zu verneinen, solange der Zugang strikt auf den Zweiterwerber beschränkt wird, denn das Recht der Zugänglichmachung gem. Art. 10 Abs. 2 lit. c URG ist nur dann anwendbar, wenn potentiell mehrere Personen zum Werk Zugang haben können. Dies gilt auch dann, wenn der Zweiterwerber Ort und Zeit des Zugangs bestimmen kann, denn das Recht der Zugänglichmachung zielt auf die Erfassung der sog. sukzessiven Öffentlichkeit ab¹³⁹, was auch aus dem Wortlaut von Art. 10 Abs. 2 lit. c URG hervorgeht, wo explizit die Mehrzahl verwendet wird („Personen“)¹⁴⁰. Solange der Ersterwerber den Zugang zum Werkexemplar also auf den einmaligen Abruf durch den Zweiterwerber beschränkt und Dritte vom Zugriff ausschließt, steht das Recht der Zugänglichmachung einer elektronischen Übermittlung des veräußerten Werkexemplars nicht entgegen.

Auf Seiten des Zweiterwerbers ist bei der elektronischen Weiterveräußerung zu prüfen, ob das im Rahmen der elektronischen Übermittlung aus technischen Gründen zwangsläufig erzeugte Werkexemplar ins Vervielfältigungsrecht des Urhebers eingreift. Dies muss wohl verneint werden. Der Zweiterwerber ist als rechtmäßiger Erwerber einer Programmkopie, an der die Erschöpfung eingetreten ist, von Gesetzes wegen¹⁴¹ zum Gebrauch des fraglichen Computerprogramms und in diesem Rahmen auch zur Herstellung von Werkexemplaren berechtigt. Dazu gehören selbstredend auch das Installieren des Computerprogramms sowie die vorgängige Speicherung der Installationsversion¹⁴², zumal sowohl das „Laden“ wie auch das „Speichern“ von Art. 17 Abs. 1 lit. a URV ausdrücklich erfasst werden. Für den Gebrauch des erworbenen Computerprogramms ebenfalls notwendig ist aber auch das Herstellen einer installationsfähigen Programmkopie durch den rechtmäßigen Erwerber¹⁴³. Nach schweizerischer Auffassung handelt es sich dabei um einen Anwendungsfall des in Art. 17 Abs. 1 lit. a URV ebenfalls ausdrücklich genannten „Übertragens“¹⁴⁴. Dabei spielt es keine Rolle, ob das Gebrauchsrecht des rechtmäßigen Erwerbers dogmatisch als Erschöpfungsfolge¹⁴⁵, Schutz Ausnahme¹⁴⁶ oder gesetzliche Lizenz¹⁴⁷ verstanden wird. Dieses Auslegungsergebnis hält auch einer wertenden Betrachtung stand, denn dem Partizipationsinteresse des Softwareanbieters ist auch bei der elektronischen Weiterveräußerung Genüge getan, während das Interesse des Verkehrs am freien Handel mit Werkexemplaren in der Informationsgesellschaft beeinträchtigt würde, wenn die Weiterveräußerung einzig über physische Datenträger erfolgen könnte¹⁴⁸. Darüber hinaus sprechen auch Gründe der Technologieneutralität und der Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen zwischen analogem und digitalem Vertrieb gegen eine Ungleichbehandlung von physischer und elektronischer Weiterveräußerung.

Der Ersterwerber muss daher entgegen Stimmen in der Literatur nicht seinen ganzen Computer oder seine Festplatte weitergeben¹⁴⁹ oder einen selbst hergestellten physischen Datenträger verwenden¹⁵⁰, sondern kann die Weiterveräußerung auch elektronisch vornehmen¹⁵¹. Dabei verliert der Ersterwerber im Umfang der Weiterveräuße-

rung seinen Status als rechtmäßiger Erwerber, weshalb er im entsprechenden Ausmaß auch nicht mehr zum Gebrauch seiner Programmkopien berechtigt ist¹⁵². Die Programmkopien des Ersterwerbers sind daher zu löschen, will er sich nicht Urheberrechtsansprüchen des Softwareanbieters aussetzen¹⁵³.

V. Sonderkonstellationen

Nachdem die Grundsatzfrage der Anwendbarkeit der urheberrechtlichen Erschöpfung auf den elektronischen Softwarevertrieb im positiven Sinne geklärt ist, kann nun auf die zwei vom Sachverhalt aufgeworfenen Sonderkonstellationen eingegangen werden. Es geht einerseits um die Frage, ob der Zweiterwerber seine Programmkopie zwingend von der Kopiervorlage des Ersterwerbers ziehen muss (dazu sogleich unter V.1), und andererseits darum, wie es sich mit der Weiterveräußerung verhält, wenn der Ersterwerber aufgrund einer Volumenlizenz zur Installation und Benutzung mehrerer Programmkopien berechtigt ist (dazu hinten unter V.2).

1. Zur Kopiervorlage bei der Weiterveräußerung

Eine Besonderheit des Handels mit Gebrauchtssoftware besteht in der Praxis darin, dass die Programmkopie vom Ersterwerber an den Zwischenhändler und von diesem an den Zweiterwerber zwar verkauft wird, dass dem Veräußerungsgeschäft nach dem Willen der beteiligten Personen aber weder eine physische noch eine elektronische Übermittlung einer Programmkopie folgt. Es ist daher zu untersuchen, ob diese Sonderkonstellation urheberrechtlich anders zu beurteilen ist als die bereits ana-

138) Für die Zulässigkeit der Herstellung eines Werkexemplars zum Zwecke der Weiterveräußerung nach deutschem Recht *Hoeren* (Fn. 130), S. 19.

139) Dazu z. B. *Bergmann* (Fn. 34), S. 20 f.

140) Es spielt daher keine Rolle, dass es bei Computerprogrammen keinen erlaubten Eigengebrauch gibt (Art. 19 Abs. 4 URG), da schon der Tatbestand des Rechts der Zugänglichmachung gemäß Art. 10 Abs. 2 lit. c URG nicht erfüllt ist.

141) Art. 12 Abs. 2 URG i. V.m. Art. 17 Abs. 1 URV.

142) *Caduff* (Fn. 52), S. 92 f. Dabei dürfte es sich gar um zwingende Gebrauchsrechte handeln, die vertraglich auch nicht mit schuldrechtlicher Wirkung wegbedungen werden können; siehe *Rauber* (Fn. 15), S. 479, 482; *ders.* (Fn. 30), S. 150.

143) Gl. M. für das deutsche Recht unter Hinweis auf die entsprechende Bestimmung in § 69 d Abs. 1 UrhG auch *Spindler* (Fn. 2), 75 f.; *Sosnitzka* (Fn. 2), 210; ferner *Schrader/Rautenstrauch* (Fn. 38), 253; *Berger* (Fn. 31), 202; *Hoeren* (Fn. 130), S. 19 f. Vgl. dazu nach österreichischem Recht auch *Wiebe/Appl* (Fn. 3), 193.

144) *Neff/Arn* (Fn. 25), S. 255; vgl. dazu auch *Hilty* (Fn. 82), 138.

145) *Neff/Arn* (Fn. 25), S. 250 ff.

146) *Rauber* (Fn. 30), S. 143.

147) *Hilty* (Fn. 137), 13; *Berger* (Fn. 129), 675 Fn. 72.

148) Soweit man mit *Berger* (Fn. 25), 419, im Erschöpfungsgrundsatz auch ein Vehikel zur Durchsetzung des liberal-freiheitlichen Eigentumsmodells des Zivilrechts gesehen wird, würde mit der Beschränkung der Weiterveräußerung auch dieser Zweck durchkreuzt.

149) So für das deutsche Recht aber *Schack* (Fn. 122), 644; *Heydn/Schmidl* (Fn. 2), 77; für das europäische Recht *Walter* (Fn. 46), S. 380; *Blocher* (Fn. 107), Art. 4 Software-RL Rdnr. 28.

150) So wohl *Dreier* (Fn. 69), § 69 c UrhG Rdnr. 24.

151) Gl. M. *Bühler* (Fn. 38), S. 285 Fn. 1829; *Thomann* (Fn. 32), S. 28 f.; *Morscher* (Fn. 5), S. 47 f., allerdings nicht gestützt auf Art. 12 Abs. 2 URG, sondern gestützt auf eine teleologische Reduktion des Vervielfältigungsrechts. Vgl. zum deutschen Recht auch *Schrader/Rautenstrauch* (Fn. 38), 254; *Grützmacher* (Fn. 2), 305.

152) Vgl. zum deutschen Recht auch *Berger* (Fn. 31), 201. Eine andere Begründung für den Verlust des Gebrauchsrechts des Ersterwerbers wird darin gesehen, dass Art. 12 Abs. 2 URG alternativ von gebrauchten oder weiterveräußerten spricht; *Neff/Arn* (Fn. 25), S. 250; *Morscher* (Fn. 5), S. 38.

153) Die Löschung dieser Programmkopien ist allerdings keine Bedingung für den Eintritt der Erschöpfungswirkungen auf Seiten des Zweiterwerbers. Vgl. dazu für das deutsche Recht *Grützmacher* (Fn. 2), 303; *Berger* (Fn. 31), 202.

lysierte Grundkonstellation des elektronischen Vertriebs. Letztlich geht es um die Frage, ob es darauf ankommt, welche Kopiervorlage der Zweiterwerber für die Herstellung der erworbenen Programmkopie benutzt. Dabei ist es zweckmäßig, die Handlungen des Ersterwerbers, des Zwischenhändlers und des Zweiterwerbers getrennt zu prüfen.

Die Handlungen des *Ersterwerbers* beschränken sich auf das Anbieten und das Weiterveräußern der vom Softwareanbieter physisch oder elektronisch erworbenen Programmkopie. Diese Handlungen greifen zwar in das Verbreitungsrecht des Softwareanbieters ein, sind nach dem Gesagten aber vom Erschöpfungsgrundsatz gedeckt und damit urheberrechtlich zulässig, und zwar unabhängig davon, ob die betreffende Programmkopie dem Zwischenhändler oder dem Zweiterwerber effektiv übermittelt wird. Der Ersterwerber darf das Computerprogramm im Umfang der Weiterveräußerung aber nicht mehr gebrauchen und muss die auf seinen Rechnern vorhandenen Programmkopien im entsprechenden Umfang löschen, und zwar auch dann, wenn der Zweiterwerber zur Herstellung seines Programmexemplars nicht die Kopiervorlage des Ersterwerbers benutzen sollte.

Was den *Zwischenhändler* anbelangt, so erwirbt er die in der Verfügungsmacht des Ersterwerbers stehende Programmkopie und veräußert diese an den Zweiterwerber weiter, ohne das Computerprogramm zu installieren oder zu nutzen. Der Erwerb der Programmkopie vom Ersterwerber ist urheberrechtsfrei. Die Weiterveräußerung tangiert zwar wie das vorgelagerte Anbieten des Programmexemplars das Verbreitungsrecht des Softwareanbieters¹⁵⁴, ist aber wie beim Ersterwerber vom Erschöpfungsgrundsatz gedeckt. Da weder eine physische noch eine elektronische Übermittlung der Programmkopie vom Zwischenhändler an den Zweiterwerber erfolgt, werden keine zusätzlichen Werkexemplare hergestellt, so dass das Vervielfältigungsrecht auf diese Transaktion von vornherein keine Anwendung findet. Auch das Recht der Zugänglichmachung ist nicht tangiert.

Der *Zweiterwerber* kauft vom Zwischenhändler die fragliche Programmkopie, verzichtet aber auf die physische oder elektronische Übermittlung derselben, weil er bereits anderweitig Zugriff auf das Computerprogramm hat, was ihm die Herstellung einer eigenen Programmkopie ermöglicht. Die Frage ist nun, ob die Herstellung und Nutzung dieser Programmkopie das Vervielfältigungsrecht des Urhebers verletzt¹⁵⁵. Wie bereits erläutert, ist diese Vervielfältigung urheberrechtlich zulässig, weil der Zweiterwerber als rechtmäßiger Erwerber kraft Gesetzes¹⁵⁶ zum Gebrauch und damit auch zur Herstellung von dafür notwendigen Werkexemplaren, einschließlich der Installationskopie, befugt ist¹⁵⁷. Dabei ist unerheblich, ob für die Herstellung der Programmkopie des Zweiterwerbers das Werkexemplar des Veräußerers oder ein auf dem Server des Softwareanbieters befindliches Werkexemplar als Kopiervorlage verwendet wird. Wirtschaftlich besteht zwischen diesen Varianten kein Unterschied, solange insgesamt nicht mehr Programmkopien benutzt werden als der Softwareanbieter veräußert hat. In diesem Punkt darauf bestehen zu wollen, dass nur das Werkexemplar des Ersterwerbers als Kopiervorlage benutzt werden kann, wäre überspitzt formalistisch¹⁵⁸, ganz abgesehen davon, dass es wohl auch praktisch unmöglich wäre, festzustellen, welche Kopiervorlage der Zweiterwerber zur Herstellung seiner Kopie benutzt hat. Entscheidend ist in diesem Zusammenhang einzig, ob der Zweiterwerber i. S. v. Art. 12 Abs. 2 URG zum Gebrauch des Computerprogramms berechtigt ist. Zudem hat es der

schweizerische Gesetzgeber in anderem Zusammenhang – nämlich bei der Frage des Herunterladens illegal angebotener Werkexemplare für den Privatgebrauch¹⁵⁹ – aus ähnlichen Überlegungen sogar abgelehnt, die Rechtmäßigkeit der Herstellung eines Werkexemplars davon abhängig zu machen, ob dafür eine legal oder illegal hergestellte Kopiervorlage benutzt wird¹⁶⁰. Soweit muss im Rahmen der vorliegend zu beurteilenden Frage indessen nicht gegangen werden, denn der Zweiterwerber benutzt in jedem Fall eine Kopiervorlage, die rechtmäßig hergestellt wurde, entweder vom Softwareanbieter selbst oder vom Ersterwerber mit Zustimmung des Softwareanbieters.

Als Resultat lässt sich folglich festhalten, dass es urheberrechtlich nicht darauf ankommt, ob der Zweiterwerber die von ihm erworbene Programmkopie vom Ersterwerber bezieht oder beim Softwareanbieter herunterlädt¹⁶¹, solange die Anzahl der vom Softwareanbieter veräußerten Programmkopien insgesamt konstant bleibt. In beiden Fällen ist das Vorgehen der Beteiligten urheberrechtlich zulässig. Dies bedeutet nicht, dass der Bezug zu körperlichen Werkexemplaren völlig irrelevant geworden ist, denn diese sind für den Gebrauch des erworbenen Computerprogramms nach wie vor unabdinglich. Der technische Unterschied zum Vertrieb in der analogen Welt liegt lediglich darin, dass in der digitalen Welt der körperliche Datenträger ausgewechselt werden kann und dass er zur Verschaffung der Verfügungsmacht über ein Werkexemplar nicht mehr zwingend erforderlich ist¹⁶². In diesem Sinne könnte gesagt werden, dass das Recht *am* Werkexemplar aufgrund der technologischen Entwicklung faktisch zu einem Recht *auf* ein Werkexemplar geworden ist, ohne dass sich dadurch aber die wirtschaftliche Interessenlage so verändert hätte, dass im Rahmen von Art. 12 Abs. 2 URG eine rechtlich unterschiedliche Beurteilung gerechtfertigt wäre.

2. Handel mit Volumenlizenzen

Die bisherigen Ausführungen sind der Einfachheit halber stets davon ausgegangen, dass es jeweils nur um eine einzige Programmkopie geht. Zu prüfen bleibt noch die Rechtslage bei der Vergabe von Volumenlizenzen. Aus der bisherigen Analyse folgt zwanglos, (i) dass es keine Rolle spielt, ob dem Ersterwerber eine Masterkopie des Computerprogramms auf CD übergeben wird oder ob die Masterkopie auf dem Server des Softwareanbieters zum He-

154) Die allfällige Weitergabe von Zugangs-codes oder Registriernummern ist in diesem Zusammenhang mit der Übergabe eines Schlüssels zum verkauften Objekt in der analogen Welt vergleichbar (vgl. Art. 922 ZGB); dies übersieht Koch (Fn. 7), 142 f.

155) Läge in dieser Vervielfältigungshandlung des Zweiterwerbers eine Urheberrechtsverletzung, so wäre allenfalls zu prüfen, ob der Zwischenhändler auf der Basis und unter den Voraussetzungen von Art. 50 OR neben dem Zweiterwerber als Teilnehmer in die Pflicht genommen werden könnte.

156) Art. 12 Abs. 2 URG i. V. m. Art. 17 Abs. 1 URV.

157) Siehe dazu auch oben im Text unter IV.2.

158) A. M. für das deutsche Recht Spindler (Fn. 2), 75; Huppertz (Fn. 2), 149.

159) Dazu allgemein Rigamonti, Eigengebrauch oder Hohlerei?, GRUR Int. 2004, 278.

160) Barrelet/Egloff (Fn. 36), Art. 19 URG Rdnr. 7 b.

161) So zum deutschen Recht Hoeren (Fn. 69), 575, 577; zum österreichischen Recht Rüffler (Fn. 3), 59 f.; vgl. auch Wiebel/Appl (Fn. 3), 194, die unter Annahme der (von ihnen abgelehnten) Erschöpfung beim elektronischen Softwarevertrieb mit Bezug auf die Frage der zulässigen Kopiervorlage zum selben Ergebnis gelangen.

162) Das Urheberrecht ist nicht das einzige Gebiet, das von dieser Entwicklung betroffen ist. Eine ähnliche, wenn im Einzelnen auch anders gelagerte Situation zeigt sich etwa im Wertpapierrecht. Siehe dazu aus schweizerischer Sicht z. B. Zobl/Lambert, Zur Entmaterialisierung der Wertpapiere, SZW 1991, 117.

runterladen durch den Ersterwerber bereitgestellt wird, und (ii) dass die physische oder elektronische Weiterveräußerung der erworbenen Masterkopie als Gesamtpaket, also im Umfang sämtlicher Lizenzen, urheberrechtlich zulässig ist¹⁶³. Insofern bestehen keine nennenswerten Besonderheiten. Der Ersterwerber ist gehalten, sämtliche Programmkopien auf den Rechnern seines Unternehmens zu löschen, und der Zweiterwerber ist verpflichtet, sich an die Maximalnutzerzahl zu halten. Überschreitet der Zweiterwerber die im Vertrag zwischen Softwareanbieter und Ersterwerber vorgesehene maximale Nutzeranzahl, so liegt kein bestimmungsgemäßer Gebrauch i. S. v. Art. 12 Abs. 2 URG mehr vor¹⁶⁴.

Komplexer gestaltet sich die in der Praxis viel wichtigere Frage, wie es sich verhält, wenn aus dem Gesamtpaket der Volumenlizenz heraus nur ein Teil der Programmkopien an einen Dritten weiterveräußert und der Rest zurückbehalten werden soll (Abspaltung oder Aufspaltung). Der Schlüssel zum Verständnis dieser Sonderkonstellation liegt darin, dass die Einräumung einer Volumenlizenz wirtschaftlich mit der Übergabe einer der maximalen Nutzerzahl entsprechenden Anzahl physischer Datenträger identisch ist¹⁶⁵. Urheberrechtlich kann jedenfalls nicht danach unterschieden werden, ob der Softwareanbieter dem Ersterwerber einen Stapel von Datenträgern übergibt oder ob er ihm einfach den physischen oder elektronischen Zugriff auf eine Masterkopie verschafft und der Ersterwerber die entsprechende Anzahl Programmkopien mit Zustimmung des Softwareanbieters selbst herstellt. Nur weil von der Digitaltechnologie Gebrauch gemacht wird, um eine Wirtschaftstransaktion technisch-organisatorisch zu vereinfachen, kann die urheberrechtliche Beurteilung der Erschöpfungsproblematik nicht anders ausfallen.

In der deutschen Lehre¹⁶⁶ wird demgegenüber zum Teil argumentiert, dass eine Erschöpfung bei der Abspaltung von Volumenlizenzen schon deshalb nicht in Frage komme, weil die vom Ersterwerber selbst angefertigten Werkexemplare nicht mit der Zustimmung des Softwareanbieters in Verkehr gebracht worden seien, denn dieser habe lediglich die Zustimmung zur Vervielfältigung, nicht aber die Zustimmung zum Inverkehrbringen der vom Ersterwerber hergestellten Programmkopien gegeben. Dem ist entgegenzuhalten, dass die entsprechenden Kopien mit der physischen oder elektronischen Übergabe der Masterkopie in Verkehr gebracht werden, auch wenn die Herstellung der Werkexemplare rein faktisch erst danach erfolgt, denn die Zustimmung des Softwareanbieters zu dieser Herstellung besteht bereits im Zeitpunkt der Übergabe der Masterkopie¹⁶⁷. Ob die Werkexemplare vom Softwareanbieter selbst hergestellt und dann übergeben werden oder ob sie der Ersterwerber mit Zustimmung des Softwareanbieters nach Übergabe der Masterkopie erstellt, spielt weder wirtschaftlich noch rechtlich eine Rolle¹⁶⁸. Sinn und Zweck der Übermittlung der Masterkopie ist es gerade, dem Erwerber die freie und dauernde Verfügungsmöglichkeit über die entsprechende Anzahl Programmkopien zu verschaffen. Dass die Herstellung der fraglichen Programmkopien erst durch den Erwerber erfolgt, erscheint vor diesem Hintergrund als organisatorische Zufälligkeit. Nicht zu überzeugen vermag aus diesem Grunde auch die in der deutschen Lehre teilweise verwendete Analogie zum Inverkehrbringen von Werkexemplaren, die im Rahmen des zulässigen Eigengebrauchs erstellt wurden¹⁶⁹. Es mag zutreffen, dass der Käufer eines Buches eine zum Privatgebrauch hergestellte Kopie nicht weiterveräußern darf, doch liegt der entscheidende Unterschied darin, dass bei der Volumenlizenz im Moment der

Übergabe der Masterkopie die Zustimmung zur Herstellung der Programmkopien vorliegt und damit auch die Programmkopien veräußert werden (auch wenn sie rein faktisch noch nicht hergestellt sind). Beim Bucherwerb hingegen veräußert der Urheber nach dem Zweck der Transaktion abgesehen vom Original keine Werkexemplare.

Der Erschöpfungsgrundsatz ist demnach auf sämtliche der vom Ersterwerber bis zur Höhe der Maximalnutzeranzahl hergestellten Programmkopien anwendbar, was zur Folge hat, dass der Softwareanbieter nicht gestützt auf sein Urheberrecht die Weiterveräußerung nur eines Teils der entsprechenden Programmkopien unterbinden kann¹⁷⁰. Selbstverständlich muss der Ersterwerber bei einer Weiterveräußerung auch hier die entsprechende Anzahl Programmkopien von seinen Rechnern löschen. Dass durch die Abspaltung von Lizenzen allenfalls die degressive Preisstruktur der Softwareanbieter¹⁷¹ unterlaufen und von Zwischenhändlern ausgenutzt wird, ist urheberrechtlich nicht von Belang¹⁷², zumal es der Softwareanbieter in der Hand hat, sich für die Volumenlizenz im Rahmen des Erstverkaufs umfassend vergüten zu lassen.

VI. Ergebnis

Als Ergebnis kann mit Bezug auf die untersuchten Themenkomplexe festgehalten werden, (i) dass es für die Anwendbarkeit des Erschöpfungsgrundsatzes keine Rolle spielt, ob das fragliche Computerprogramm physisch oder elektronisch an den Ersterwerber übermittelt wird, (ii) dass der Softwareanbieter die Weiterveräußerung des Computerprogramms auch dann nicht urheberrechtlich verbieten kann, wenn sie elektronisch erfolgt, (iii) dass es urheberrechtlich unerheblich ist, ob der Zweiterwerber bei der Weiterveräußerung die Kopiervorlage des Ersterwerbers oder eine Kopiervorlage des Softwareanbieters zur Herstellung seiner Programmkopie benutzt, und (iv) dass im Rahmen einer Volumenlizenz vertriebene Programmexemplare sowohl gesamthaft wie auch individuell weiterveräußert werden können. Soweit die gehandelten Computerprogramme vom Softwareanbieter an den Ersterwerber jeweils in dem Sinne veräußert werden, dass dem Ersterwerber dauerhaft fixierte Programmexemplare zur zeitlich unlimitierten und freien Verfügung überlassen werden, ist der Handel mit Gebrauchtssoftware im Sinne der vorstehenden Ausführungen nach schweizerischem Urheberrecht zulässig.

163) Gl. M. Morscher (Fn. 5), S. 54; vgl. für das deutsche Recht auch Grützmacher (Fn. 2), 303.

164) Der „bestimmungsgemäße Gebrauch“ ergibt sich aus dem Erwerbszweck und damit auch aus der konkreten Vereinbarung zwischen Softwareanbieter und Ersterwerber; Hilty (Fn. 36), S. 262 Fn. 290; Rauber (Fn. 29), S. 156. Vgl. für Deutschland auch Spindler (Fn. 2), 76; Huppertz (Fn. 2), 148.

165) Vgl. für Deutschland auch Sosnitzer (Fn. 2), 208; ferner Grützmacher (Fn. 69), 552; Schneider, Handbuch des EDV-Rechts, 3. Aufl. 2003, S. 399 Rdnr. C-62; für Österreich Rüffler (Fn. 3), 60.

166) Siehe z. B. Spindler (Fn. 2), 72 f.

167) Vgl. auch Caduff (Fn. 52), S. 43.

168) Caduff (Fn. 52), S. 41 ff.; vgl. für Deutschland auch Ulmer (Fn. 33), 70.

169) Siehe z. B. Spindler (Fn. 2), 72 f.

170) Gl. M. für Deutschland Sosnitzer (Fn. 2), 208 f.; Huppertz (Fn. 2), 149; für Österreich Rüffler (Fn. 3), 60; a. M. für die Schweiz Morscher (Fn. 5), S. 53; für Deutschland Spindler (Fn. 2), 76; Koch (Fn. 7), 143; Grützmacher (Fn. 40), § 69c UrhG Rdnr. 37; Schuppert/Greisinger (Fn. 2), 82; für Österreich Wiebel/Appl (Fn. 3), 195.

171) Vgl. dazu Heydn/Schmidl (Fn. 2), 78 f.

172) Vgl. für das österreichische Recht auch Wiebel/Appl (Fn. 3), 195.