

Die Erschöpfung des Verbreitungsrechts bei OEM-Software

Anmerkung zu den Urteilen des BGH vom 6.7.2000 – I ZR 244/97 (ZUM 2000, 1079) und des OLG Frankfurt am Main vom 18.5.2000 – 6 U 63/99 (ZUM 2000, 763)

Von Till Jaeger*, München

Einführung

Mit der Entscheidung, dass sich das Verbreitungsrecht eines Softwareherstellers für Werkexemplare, die aufgrund eines inhaltlich beschränkten Nutzungsrechts in Verkehr gebracht wurden, vollständig erschöpft, hat der BGH nicht nur ein für die Softwareindustrie bedeutsames Urteil gefällt, sondern zu urheberrechtlichen Grundlagenfragen Stellung genommen, die in Schrifttum und Rechtsprechung stark umstritten waren¹. Erst wenige Wochen zuvor war das OLG Frankfurt a. M. in einem parallel liegenden Fall aufgrund einer abweichenden Rechtsauffassung noch zu dem gegenteiligen Ergebnis gelangt. Der BGH hat auf dem Urteil »Schallplattenvermietung«² aufgebaut und dabei die Gelegenheit genutzt, einige Unklarheiten zu beseitigen, die das Verhältnis von Erschöpfungsprinzip und der inhaltlichen Beschränkung von Nutzungsrechten ganz allgemein betreffen. Damit hat das Urteil eine Bedeutung, die über den Softwarebereich hinausgeht.

I. Sachverhalt

In beiden Verfahren ging es um den Vertrieb sog. OEM-Software (»Original Equipment Manufacturer«), die technisch den Fachhandels- oder Vollversionen entspricht, aber nur zusammen mit neuer Computerhardware abgegeben wird. Für diese »Bundle Versions« werden erhebliche Preisnachlässe gewährt, was den Hardwareherstellern erlaubt, ein günstiges Gesamtpaket anbieten zu können. Für Softwareproduzenten steht dagegen der Gedanke im Vordergrund, Marktherrschaft dadurch zu erwerben, dass man einen De-facto-Standard schafft und dann mit Upgrades u. ä. Gewinne macht. Gerade das Unternehmen Microsoft konnte mit dieser Verkaufsstrategie, die eine weite Verbreitung des Betriebssystems Windows unterstützte, nahezu eine Monopolstellung erwerben und mit den darauf aufbauenden Anwendungsprogrammen dann hohe Einnahmen erzielen³.

In dem vom BGH zu entscheidenden Fall⁴ hatte ein von der klagenden Softwarefirma autorisiertes Unternehmen (sog. Authorized Replicator) die OEM-Versionen hergestellt und dann an einen regionalen Zwischenhändler (sog. Delivery Service Partner) geliefert. Dieser

hatte einen Lizenzvertrag mit der Klägerin abgeschlossen, der ihm den Vertrieb der Software nur im Zusammenhang mit dem Verkauf neuer Hardware gestattete und ihn darüber hinaus verpflichtete, seinen Vertragspartnern die entsprechenden Lizenzbedingungen aufzuerlegen. Die beklagte Firma, die in keinem Vertragsverhältnis zur Klägerin stand, handelt mit Hard- und Software und hat die OEM-Versionen von einem Zwischenhändler erworben, aber isoliert an Endverbraucher verkauft, also ohne die entsprechende Hardware. Die Verpackungen der OEM-Produkte enthalten einen Hinweis darauf, dass sie »nur mit einem neuen Computersystem« verkauft werden dürfen.

In den beiden Vorinstanzen hatten das LG Berlin und das Kammergericht der Klägerin Recht gegeben⁵; auf die Revision der beklagten Firma hin hob der BGH das Urteil des Kammergerichts auf und wies die Klage ab.

II. Urheberrechtliche Grundlagen

Im Kern ging es bei beiden Verfahren um die Frage, ob die Softwarehersteller als Inhaber der ausschließlichen urheberrechtlichen Befugnisse durch die Gestaltung ihrer Lizenzverträge verhindern können, dass auch vertraglich nicht gebundene Dritte ihre Software isoliert vertreiben.

Abgesehen von diesem Ausgangspunkt war bislang unklar, welche Rechtsfragen dabei von entscheidender Bedeutung sind. Dies führte zu einer Reihe von sich widersprechenden Urteilen und Stellungnahmen im

* Der Verfasser ist Doktorand am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht, München und gehört der Leitung des Instituts für Rechtsfragen der Open Source Software (ifOSS) an.

1 Für eine Erschöpfung bei OEM-Software OLG Frankfurt a. M. (11. Senat) ZUM-RD 1999, 182 = CR 1999, 7 und NJW-RR 1997, 494; OLG München ZUM-RD 1998, 107 (= NJW 1998, 1649); LG München CR 1998, 141, jeweils zu Upgrade-Versionen, Berger, NJW 1997, 300; Witte, CR 1999, 65; ders. CR 1996, 533 und CR 2000, 654; dagegen KG ZUM 1996, 972 und CR 1998, 137; OLG Frankfurt a. M. (6. Senat) ZUM 2000, 763; Erben/Zahrt, CR 1996, 535 und CR 1998, 267.

2 BGH ZUM 1986, 678 – Schallplattenvermietung.

3 Vgl. Bager, c't 14/97, 88.

4 In dem vom OLG Frankfurt a. M. zu entscheidenden Verfahren lag ein vergleichbarer Sachverhalt zu Grunde.

5 Vgl. KG CR 1998, 137, LG Berlin CR 1996, 730; zum einstweiligen Verfügungsverfahren KG ZUM 1996, 972.

Schrifttum⁶, wobei zum Teil ganz unterschiedlichen Problemen Entscheidungserheblichkeit zugemessen wurde. Daher werden hier die urheberrechtlichen Grundlagen der eigentlichen Problemerkörterung kurz vorangestellt.

1. Dinglicher Charakter der Nutzungsrechte

Grundsätzlich kann der Urheber eines Computerprogramms entscheiden, ob und in welcher Form sein Werk genutzt wird. § 69 c UrhG gewährt ihm Ausschließlichkeitsrechte, mit denen die Vervielfältigung, Bearbeitung und auch Verbreitung des Programms erlaubt oder verboten werden kann. Gemäß § 69 a Abs. 4 UrhG i. V. m. § 31 UrhG besteht dabei insbesondere die Möglichkeit, Dritten mittels einer Lizenz vom Urheberrecht abgeleitete Nutzungsrechte mit dinglicher Wirkung einzuräumen⁷. Inhaber von ausschließlichen Nutzungsrechten, wie etwa Softwarefirmen, die mittels gesetzlicher Lizenz gemäß § 69 b Abs. 1 UrhG die Nutzungsrechte an den Werken ihrer Programmierer haben, können wiederum Dritten gegenüber ausschließliche oder einfache Nutzungsrechte (gemäß § 31 Abs. 3 Satz 1 UrhG) einräumen, wobei eine mehrstufige Rechtseinräumung möglich ist⁸. Somit ist eine Kette von Nutzungsrechten denkbar, die alle voneinander abhängen und dafür sorgen, dass alle urheberrechtlich relevanten Handlungen nur von denjenigen durchgeführt werden dürfen, die dafür die entsprechenden Nutzungsrechte haben.

2. Inhaltliche Beschränkungen

Um den Urheber möglichst umfassend an den Früchten seiner Arbeit partizipieren zu lassen, gestattet § 32 UrhG die inhaltliche Beschränkung einzelner Nutzungsrechte. Dabei gibt es aber keinen dem Sachenrecht vergleichbaren »numerus clausus« an Nutzungsarten⁹. Vielmehr kann ein Verbreitungsrecht dergestalt aufgespalten werden, dass es auf einzelne Nutzungsarten, etwa bestimmte Vertriebswege, dinglich beschränkt wird, solange diese Nutzungsarten nur hinreichend klar abgrenzbar sind. Dafür wird nach h. M. eine »wirtschaftlich-technisch als einheitlich und selbstständig sich abzeichnende konkrete Art und Weise der Nutzung« verlangt¹⁰. Zu den klassischen Beispielen gehört der Vertrieb von Schriftwerken als Hardcover- oder Taschenbuchausgaben¹¹, die Filmverwertung mittels Aufführungen und Videokassetten¹², aber auch die Aufspaltung des Vertriebswegs nach Sortimentbuchhandel und Buchgemeinschaften¹³. Damit wird es dem Urheber ermöglicht, Nutzungsrechte nach Marktsegmenten zu vergeben und so der Vielgestaltigkeit der Nutzungsformen entsprechend an den Einnahmen beteiligt zu werden. Ohne die Möglichkeit der dinglichen Beschränkung könnte der Urheber ansonsten nur eine einzige ausschließliche

Lizenz zur Verbreitung erteilen und würde Gefahr laufen, bei der Entwicklung neuer Nutzungsarten nicht mehr an den zusätzlichen Einkünften zu partizipieren (vgl. § 31 Abs. 4 UrhG).

3. Verbreitungsrecht und Erschöpfung

Diese Rechtslage gilt grundsätzlich auch für das Verbreitungsrecht gemäß §§ 17 Abs. 1, 69 c Nr. 3 UrhG. Allerdings wird die mehrstufige Einräumung des Verbreitungsrechts unterbrochen, wenn sich dieses Recht gemäß § 17 Abs. 2 UrhG bzw. § 69 c Nr. 3 Satz 2 UrhG erschöpft. Das ist dann der Fall, wenn Werkexemplare mit Zustimmung des Rechtsinhabers im Wege der Veräußerung in Verkehr gebracht werden. Dann können sie vom Erwerber weiterverbreitet werden, ohne dass er dazu eines entsprechenden Nutzungsrechts bedürfte. Die »Kette« der Nutzungsberechtigungen ist damit unterbrochen.

Das Erschöpfungsprinzip beruht auf dem Gedanken, dass der Urheber mit dem ersten Inverkehrbringen des Werkexemplars hinreichend an dem wirtschaftlichen Wert partizipieren kann (Entgeltsicherungstheorie) und im Weiteren die Verkehrsfähigkeit des urheberrechtlich geschützten Gegenstands nicht mehr behindern können soll (Verkehrssicherungstheorie)¹⁴. Ansonsten könnte der Urheber dem Erwerber eines Werkexemplars noch vorschreiben, ob und in welcher Form er dieses weiterveräußern darf, wenn er zuvor die Nutzungsrechte entsprechend beschränkt hat. Diese Kontrolle hat der Gesetzgeber dem Rechtsinhaber aber nicht gewährt¹⁵.

III. Umstrittene Rechtsfragen

Die beschriebenen Prinzipien sind in dem OEM-Verfahren aufeinandergetroffen und haben für einige Verwirrung gesorgt, insbesondere was das Verhältnis von inhaltlicher Beschränkung und Erschöpfungsprinzip angeht. Bislang ging eine überwiegende Meinung – wenn auch in verschiedenen Ausprägungen – von dem Grundsatz aus, dass eine beschränkte Einräumung von

6 S. o. Fn. 1.

7 Vgl. *Schricker/Schricker*, Urheberrecht, Kommentar, 2. Aufl., Vor §§ 28 ff. Rn. 49.

8 *Schricker/Schricker*, Vor §§ 28 ff. Rn. 43.

9 *Joos*, Die Erschöpfungslehre im Urheberrecht, 1991, S. 18, *Schricker/Schricker*, Vor §§ 28 ff. Rn. 52.

10 *Schricker/Schricker*, Vor §§ 28 ff. Rn. 52 m. w. N., §§ 31/32, Rn. 7; BGH GRUR 1990, 669, 671 – Bibelreproduktion.

11 BGH ZUM 1993, 30, 31 f. – Taschenbuch-Lizenz.

12 BGH GRUR 1991, 133, 136 – Videozweitverwertung.

13 BGH GRUR 1959, 200, 202 – Der Heiligenhof.

14 *Joos*, S. 53 ff. m. w. N. und auch der BGH in dem vorliegenden Verfahren.

15 In der Begründung des Regierungsentwurfes, BT-Dr. IV/270, S. 48, heißt es: »Sinn des Verbreitungsrechts ist es jedoch nicht, dem Urheber eine bleibende ausschließliche Befugnis zum Handel mit rechtmäßig in Verkehr gebrachten Vervielfältigungsstücken seines Werkes zu gewähren.«

Nutzungsrechten auch nur eine beschränkte Erschöpfung zur Folge hat¹⁶.

1. Sonderfall Computerprogramme?

Daher wurde für das Verbreitungsrecht an Computerprogrammen der Gegenschluss aufgestellt, dass eine Aufspaltung der Nutzungsrechte überhaupt ausgeschlossen sei, da § 69 c Nr. 3 Satz 2 UrhG stets zu einer vollständigen Erschöpfung des Verbreitungsrechts führen müsse¹⁷. Begründet wurde dies mit dem von § 17 Abs. 2 UrhG abweichenden Wortlaut des § 69 c Nr. 3 Satz 2 UrhG und einer richtlinienkonformen Auslegung¹⁸. Aus Art. 4 lit. c der Computerprogrammrichtlinie¹⁹ ergebe sich, dass sich das Verbreitungsrecht umfassend erschöpfen soll. Daher sei das Vermietrecht ausdrücklich ausgenommen worden, nicht aber andere Ausnahmen.

Der BGH hat diese Auslegung zu Recht abgelehnt und darauf hingewiesen, dass die Richtlinie zur Möglichkeit dinglicher Beschränkungen nichts aussagt und daher gemäß § 69 a Abs. 4 UrhG auf die allgemeinen Bestimmungen der §§ 17 Abs. 2 und 32 UrhG und die hierzu entwickelten Grundsätze abzustellen sei²⁰, also auf die Frage, ob eine »übliche, technisch und wirtschaftlich eigenständige und damit klar abgrenzbare Nutzungsform« vorliegt. Grundsätzlich kann demnach auch das Verbreitungsrecht an Computerprogrammen dinglich aufgespalten werden.

2. Umfang der Erschöpfungswirkung

Der eigentliche Kern des Streits betraf aber die Frage, ob die Aufspaltung des Vertriebs von Software in Fachhandelsversionen und OEM-Versionen eigenständige Nutzungsarten betrifft und, wenn ja, ob dann auch nur eine Erschöpfung insoweit eintritt, wie das beschränkte Nutzungsrecht reicht. Der 6. Senat des OLG Frankfurt a. M. war in seiner Entscheidung davon ausgegangen, dass der OEM-Vertrieb eine wirtschaftlich und technisch eigenständige Nutzungsart darstellt und daher durch Vertriebshandlungen auch nur eine beschränkte Erschöpfung eintritt²¹:

»Handelt es sich bei den umstrittenen Beschränkungen des Verbreitungsrechts durch OEM-Klauseln um eine zulässige Aufspaltung der urheberrechtlichen Verwertungsbefugnisse in gegenständliche Nutzungsrechte, so wirkt sich die gegenständliche Aufspaltung insbesondere auf die Frage der Erschöpfung aus, denn der Inhaber eines abgespaltenen Nutzungsrechts kann durch Vertriebshandlungen nur das ihm eingeräumte (abgespaltene) Nutzungsrecht erschöpfen, nicht aber auch die anderen Bereiche des Verbreitungsrechts, die vielmehr grundsätzlich beim Urheber verbleiben.«

Einer solchen Auslegung hat der BGH eine Absage erteilt und dabei verdeutlicht, dass es gar nicht darauf ankommt, ob der Vertrieb von OEM-Versionen eine eigenständige Nutzungsart darstellt – diese Frage wurde daher im Weiteren offengelassen –, sondern dass auch dann, wenn das Nutzungsrecht dinglich beschränkt wurde, eine vollständige Erschöpfung des Verbreitungsrechts eintritt, wenn die Werkexemplare einmal mit Zustimmung des Berechtigten im Wege der Veräußerung in Verkehr gebracht worden sind:

»Die Möglichkeit, ein Nutzungsrecht nach § 32 UrhG räumlich, zeitlich oder inhaltlich beschränkt einzuräumen, führt danach nicht zu einer entsprechenden Einschränkung der Erschöpfung in der Weise, daß der Berechtigte – ist das Werkstück erst einmal durch ihn oder mit seiner Zustimmung durch Veräußerung in Verkehr gesetzt worden – auf den weiteren Absatzweg Einfluß nehmen könnte.«

Daher war das Verbreitungsrecht der Softwarefirma an den einzelnen Werkexemplaren in dem Augenblick erschöpft, als der berechtigte Authorized Replicator sie mit Zustimmung der Klägerin an einen Zwischenhändler veräußert hat.

Außerdem lässt die Entscheidung noch anklingen, dass die erforderliche Zustimmung des Rechtsinhabers nicht beschränkt werden kann, so dass deswegen für andere Vertriebswege mangels Zustimmung keine Erschöpfung eintreten würde²². § 32 UrhG erlaubt nämlich nur die Beschränkung der Nutzungsrechte selbst – die Zustimmung zum Inverkehrbringen von Werkexemplaren kann dagegen nicht begrenzt werden.

16 Fromm/Nordemann-Nordemann/Vinck, Urheberrecht, Kommentar, 9. Aufl., § 69 c, Rn. 6, gehen von einer beschränkten Erschöpfung auch auf späteren Vertriebsstufen aus, während Schricker/Loewenheim, § 17 Rn. 49 m. w. N. und § 69 c Rn. 37, zwar auch von diesem Grundsatz ausgeht, dann aber doch ein Auswirkung der Beschränkung nur auf der Stufe der Erstverbreitung erkennen will (§ 69 c Rn. 30), ähnlich Joos, S. 104 ff., 121; a. A. Berger, NJW 1997, 300 f. Zur Frage der Erschöpfung des Verbreitungsrechts bei der Vermietung von Videokassetten unter § 17 Abs. 2 UrhG a. F. von Ungern-Sternberg, GRUR 1984, 262; OLG Hamm ZUM 1981, 378 – Video-Film-Kassetten.

17 Witte, CR 1999, 65, 66, wohl auch OLG Frankfurt a. M. ZUM-RD 1999, 182, 184 und OLG München ZUM-RD 1998, 107, 109 für Update-Versionen; a. A. KG ZUM 1996, 972, 974 f.; Erben/Zahrnt, CR 1998, 267, 268.

18 OLG München ZUM-RD 1998, 107, 109.

19 Richtlinie 91/250/EWG v. 14. Mai 1991, Art. 4 lit. c) S. 2 RL: »Mit dem Verkauf 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.«

20 Dagegen Witte, CR 2000, 654 f.

21 So auch KG ZUM 1996, 972.

22 So auch Schricker/Loewenheim, § 17 Rn. 36, 48; ausführlich Joos, S. 168 ff.

3. Stellungnahme

Der BGH hat sachgerecht und überzeugend die Auffassung abgelehnt, wonach bei Werkexemplaren, die aufgrund eines beschränkten Nutzungsrechts verbreitet wurden, auch nur eine beschränkte Erschöpfung eintritt. Diese Auslegung hält einer dogmatischen Überprüfung stand: Denn anders als im Regelfall, bei dem jede urheberrechtlich relevante Nutzung auf einem vom Urheberrecht abgeleiteten Nutzungsrecht beruhen muss – bei mehrstufigen Rechtsverhältnissen muss, wie bereits erwähnt, eine ununterbrochene »Kette« von Berechtigungen bestehen –, führt das Erschöpfungsprinzip zu einer Unterbrechung dieser Kette. Wenn sich das Verbreitungsrecht erschöpft hat, bedarf es für weitere Veräußerungen (nicht aber andere urheberrechtlich relevante Handlungen) keines entsprechenden Nutzungsrechts mehr. Daher tritt die Erschöpfung immer nur vollständig ein, zumal das Erschöpfungsprinzip ansonsten unterlaufen werden könnte, weil für die betroffenen Werkexemplare keine Verkehrsfähigkeit mehr gegeben wäre²³.

Dieser Auslegung steht weder der Wortlaut der §§ 17 Abs. 2 und 69 c Nr. 3 Satz 2 UrhG entgegen²⁴ noch der Gedanke, dass »durch die Verbreitung nur das Recht erschöpfen kann, das der Verbreitende hat«²⁵, also nicht das gesamte Verbreitungsrecht, wenn dem Verbreitenden nur ein beschränktes Nutzungsrecht eingeräumt wurde. Dass dieser Ansatz nicht zwingend ist, zeigt die zeitliche Beschränkung, für die unbestritten ist, dass die Erwerber solcher Werkexemplare, die vor Fristablauf in Verkehr gebracht wurden, diese auch nach Fristablauf weiterveräußern dürfen²⁶.

Bedauerlicherweise ist der BGH an einer Stelle seiner Begründung in der alten Auffassung haften geblieben und hat davon gesprochen, dass eine dinglich wirkende Begrenzung des Nutzungsrechts »auch eine Beschränkung der Erschöpfung nach § 17 Abs. 2 UrhG zur Folge« habe. Als Beispiel wird dazu der Fall angeführt, dass der Lizenznehmer Werkstücke auf einem anderen als auf dem vom Rechtsinhaber zugelassenen Weg in Verkehr bringt, so dass diese Nutzung nicht mehr mit dessen Zustimmung erfolgt. Daran ist zwar richtig, dass in diesem Fall keine Erschöpfung eintritt, aber das hat nichts mit einer »beschränkten Erschöpfung« zu tun, sondern liegt darin begründet, dass die Tatbestandsvoraussetzungen der §§ 17 Abs. 2 und 69 c Nr. 3 Satz 2 UrhG nicht erfüllt sind. Mangels Zustimmungserfordernis tritt deswegen überhaupt keine Erschöpfung ein, also auch keine beschränkte²⁷.

Möglicherweise spielt hier die Besorgnis eine Rolle, dass durch die vollständige Abkehr von der »beschränkten Erschöpfung« die Gefahr heraufbeschworen würde, dass die Aufspaltung der Nutzungsrechte leer läuft²⁸. Bezieht man die Erschöpfungswirkung aber auf konkrete Werkexemplare, bleibt für diese Besorgnis kein Raum.

Dies gilt zunächst ohne weiteres für alle Nutzungsbeschränkungen, die nicht die *Art des Inverkehrbringens* betreffen. Wer also Taschenbücher erworben hat, darf diese deshalb noch nicht physikalisch verändert als Hardcover-Ausgaben veräußern. Problematisch sind nur die Fälle, in denen die Nutzungsbeschränkung auf die *Art des Inverkehrbringens* abstellt, etwa beim Vertrieb über Buchgemeinschaften oder beim OEM-Vertrieb. Hier unterscheiden sich die Werkexemplare äußerlich nicht, so dass allein der Vertriebsweg die selbstständige Nutzungsart ausmacht. Daher besteht bei inhaltlich beschränkten Nutzungsarten, die sich nur hinsichtlich der Art des Inverkehrbringens unterscheiden, ebenso wie bei zeitlichen Beschränkungen eine weniger weit reichende Kontrolle des Urhebers.

Das gefundene Ergebnis entspricht der Wertung des Gesetzgebers und berücksichtigt sowohl die Interessen der Urheber als auch des Verkehrs. Denn die Möglichkeit, das Verbreitungsrecht nach § 32 UrhG inhaltlich zu beschränken, wird nicht etwa hinfällig oder wertlos. Da nur in dem Fall eine Erschöpfung eintritt, in dem das erste Inverkehrbringen mit der Zustimmung des Berechtigten erfolgt²⁹, besteht durchaus noch ein erheblicher Einfluss auf die Art der Verbreitung, auch auf den Vertriebsweg. Unterstellt man, dass es sich beim OEM-Vertrieb um eine eigenständige Nutzungsart handelt, würde sich dies auch auf den Einfluss der Softwarehersteller auf den Vertrieb auswirken. Für den Fall, dass die Software direkt an den Lizenznehmer geliefert wird, kann der Urheber jede Verbreitung verhindern, die nicht der Lizenz, d. h. dem beschränkten Nutzungsrecht entspricht³⁰. Demnach dürfen direkt belieferte Hardware-Hersteller, die dann das erste Inverkehrbringen vornehmen, OEM-Versionen auch nur zusammen mit Hardware veräußern. Erst wenn ein Zwischenhändler dazwischentritt, kann es zu einer Konstellation kommen, wie sie Gegenstand der beiden hier besprochenen Entscheidungen war.

Außerdem wird dem Erschöpfungsprinzip zu einer angemessenen Geltung verholfen und die im Verkehr befindlichen Werkexemplare verkehrsfähig gehalten.

23 Darin liegt der Verkehrsschutz und nicht, wie *Erben/Zahrnt*, CR 1998, 267, meinen, in günstigen Preisgestaltungen für den Endverbraucher.

24 Danach soll sich das *Verbreitungsrecht* erschöpfen und nicht etwa nur das (beschränkte) *Nutzungsrecht*, vgl. OLG München ZUM 1998, 107, 109 f.

25 So *Joos*, S. 121.

26 *Schricker/Loewenheim*, § 17 Rn. 19; *Joos*, S. 111.

27 Vgl. *Joos*, S. 121.

28 Dahingehend *Schricker/Loewenheim*, § 17, Rn. 49; *Erben/Zahrnt*, CR 1996, 535.

29 Zum Begriff des Inverkehrbringens: *Schricker/Loewenheim*, § 17 Rn. 34.

30 Darin ist auch der Unterschied zu einer rein schuldrechtlichen Bindung zu sehen: Die Weiterveräußerung von Werkexemplaren, die ohne Zustimmung des Berechtigten in Verkehr gebracht wurden, kann auch auf späteren Vertriebsstufen noch verboten werden, gegen *Erben/Zahrnt*, CR 1996, 535.

Ginge man von einer beschränkten Erschöpfungswirkung aus, könnte der Berechtigte den Vertriebsweg nicht mehr nur auf der ersten Stufe kontrollieren, sondern auch auf allen weiteren Veräußerungsebenen, ein Effekt, der durch § 17 Abs. 2 UrhG und § 69 c Nr. 3 Satz 2 UrhG gerade verhindert werden soll.

IV. Folgen der neuen Rechtsprechung

1. Softwarewirtschaft

Für die Softwareindustrie bedeutet das Urteil des BGH einen tiefen Einschnitt in die Vertriebs- und Preisgestaltungspraxis³¹. Allerdings ist der Vertrieb von OEM-Versionen – und entsprechend für Update- und Schulversionen³² – damit noch nicht am Ende. Entscheidend für die Aufrechterhaltung dieser Vertriebsformen wird die Frage sein, ob der OEM-Vertrieb eine eigenständige Nutzungsart darstellt. Dann wäre – wie gezeigt – die Möglichkeit eröffnet, durch die direkte Lizenzierung der Hardwarehändler den Vertrieb zusammen mit Hardware durchzusetzen, wenn auf dieser Ebene das erste Inverkehrbringen erfolgt.

Das OLG Frankfurt a. M. hat in seiner Entscheidung die stark umstrittene Frage, ob eine eigenständige Nutzungsart vorliegt, mit der Begründung bejaht, dass die OEM-Vertriebsform seit langem praktiziert werde und in den relevanten Verkehrskreisen bekannt sei. Des Weiteren heißt es zur technischen und wirtschaftlichen Selbstständigkeit:

»Bei dem Vertrieb von PCs oder deren Hardware-Komponenten mit Software in OEM-Versionen handelt es sich auch um eine wirtschaftlich-technisch selbstständige Nutzungsart, denn der entsprechende Vertrieb ermöglicht es dem angesprochenen Verkehr, bei der Entscheidung über den Erwerb eines PC oder der Ergänzung eines vorhandenen PC um bestimmte Komponenten einschließlich oder zuzüglich bestimmter Versionen von Software eine nach dem persönlichen Bedarf zugeschnittene Kaufentscheidung zu treffen, die neben den individuellen Bedürfnissen auch die persönlichen Fähigkeiten beim Zuschnitt, Aufbau und der Inbetriebnahme entsprechender Systeme berücksichtigt.«

Die Ausführungen des OLG Frankfurt a. M. können nicht überzeugen und liegen weit von der Wirklichkeit der Softwarewirtschaft entfernt. Denn eine nach dem persönlichen Bedarf zugeschnittene Kaufentscheidung wird durch Bundles gerade verhindert. Wer einen PC, einen CD-Brenner oder auch einen Scanner, wie in dem durch das OLG Frankfurt a. M. entschiedenen Verfahren, erwerben möchte, muss den Vorgaben des Hardwareherstellers folgen – der Erwerb einer anderen, dem

persönlichen Bedarf entsprechenden Software ist wirtschaftlich selten sinnvoll. Dadurch können einige Softwarehersteller eine Vorherrschaft am Markt erreichen, die ansonsten wesentlich schwerer zu erlangen wäre. Bedenkt man, dass es keinen Unterschied macht, ob die Software zu einem PC bzw. einer sonstigen Hardwarekomponente als Bundle oder getrennt als Fachhandelsversion erworben wird, zeigt sich klar, dass technisch eben keine selbstständige Nutzungsart besteht³³. Auch der Umstand, dass dem Verkehr der OEM-Vertrieb seit längerem bekannt ist, vermag eine selbstständige Nutzungsart nicht zu begründen.

Macht man sich die Gesichtspunkte deutlich, die für die Grenzen einer gegenständlichen Aufspaltung von Nutzungsrechten relevant sind, nämlich klare Abgrenzbarkeit von anderen Nutzungsarten – damit Klarheit und Sicherheit im Rechtsverkehr herrscht – und wirtschaftliche Selbstständigkeit – damit ein berechtigtes Interesse des Urhebers an der Aufspaltung besteht –, ist für den OEM-Vertrieb keine eigenständige Nutzungsart erkennbar³⁴. Entscheidend ist dabei, dass keine unterschiedlichen Marktsegmente für den Vertrieb von gekoppelter und isolierter Software bestehen. Indem man den Erwerb der günstigeren OEM-Software an den Hardwareerwerb bindet, werden keine zusätzlichen oder anderen Käuferschichten erschlossen, wie dies bei der Aufspaltung in Hardcover- und Paperbackausgaben oder auch beim Vertrieb über Buchgemeinschaften der Fall ist³⁵. Daher besteht für die Urheber auch nicht die Gefahr, dass sein Werk in einer Form vermarktet wird, an der er nicht partizipieren kann.

Der von den Softwareherstellern verfolgte Hauptzweck besteht – wie schon angedeutet – darin, das eigene Produkt marktmächtig werden zu lassen bzw. Konkurrenzprodukte fernzuhalten³⁶ und verdient keinen urheberrechtlichen Schutz.

31 Nach einer Pressemitteilung von Microsoft wurde das Vertriebssystem der Softwarefirma zum 1. September 2000 durchgreifend geändert. Danach werden OEM-Versionen nur noch an die großen Hardwarefirmen geliefert, mit denen Microsoft in einem direkten Vertragsverhältnis steht. Ansonsten werden einige Programme nur noch als Fachhandelsversionen vertrieben, andere – wie Windows 98/Millennium – nur noch als sog. DSP (Delivery Service Partner)-Versionen, die dann von allen Fachhändlern allein oder vorinstalliert veräußert werden können.

32 Dazu Witte, CR 1999, 65 ff.

33 Wie hier Witte, CR 2000, 654, 655. Es ist allerdings schon fraglich, ob man der technischen Selbstständigkeit hier überhaupt eine Bedeutung zumessen kann, vgl. Joos, S. 103, der zu Recht betont, dass es keine nach technischen Merkmalen unterscheidbaren Verbreitungsformen gibt.

34 Im Ergebnis ebenso der 11. Senat des OLG Frankfurt a. M. ZUMRD 1999, 182, 184; Witte, CR 1999, 65, 58 f.; ders. CR 1996, 533, 534 f., Schrickler/Loewenheim, § 69 c Rn. 29; LG München CR 1998, 141, 142, für Upgrade-Versionen, für eine Abspaltbarkeit Erben/Zahrnt, CR 1996, 535, 536; KG CR 1998, 137, 138.

35 Ähnlich Witte, CR 1996, 533, 535.

36 So auch Erben/Zahrnt, CR 1996, 535, 536.

2. Andere Bereiche

Die Entscheidung des BGH ist auch außerhalb der Softwarewirtschaft von Bedeutung. Gerade in den Fällen, bei denen die Beschränkung des Verbreitungsrechts die Art des Inverkehrbringens betrifft, sind die vom BGH aufgestellten Grundsätze anwendbar, wie sie schon der Entscheidung »Schallplattenvermietung« zu Grunde gelegt wurden³⁷. So ist eine Buchgemeinschaft urheberrechtlich nur dann dazu verpflichtet, die an sie gelieferten Bücher an ihre Mitglieder abzugeben und nicht in den freien Verkauf zu bringen, wenn das erste Inverkehrbringen durch sie selbst vorgenommen wird. Würde sie durch einen Zwischenhändler beliefert, wäre das Verbreitungsrecht erschöpft und der Veräußerung an jedermann stünde urheberrechtlich nichts entgegen.

Diese Rechtslage gilt für alle Beschränkungen gemäß § 32 UrhG mit Ausnahme der räumlichen Aufspaltung. Denn die §§ 17 Abs. 2 und 69 c Nr. 3 Satz 2 UrhG sehen ihrem Wortlaut nach nur bei einem Inverkehrbringen im Gebiet des EWR eine Erschöpfung vor, aber nicht für den Fall, dass Werkexemplare außerhalb dieses Raums erstmals veräußert werden. Daher ist eine Aufspaltung nach Staaten möglich und die Verbreitung von Werkexemplaren, die mit Zustimmung des Berechtigten aufgrund eines räumlich beschränkten Nutzungsrechts in einem außereuropäischen Land in Verkehr gebracht wurden, kann innerhalb des EWR verboten werden³⁸.

V. Resümee

Werkexemplare, die mit Zustimmung des Berechtigten in Verkehr gebracht wurden, können in unveränderter Form weiterveräußert werden, ohne dass dem urheberrechtliche Beschränkungen entgegenstehen. OEM-Software kann dementsprechend von Zwischenhändlern auch isoliert an den Endkunden weitergegeben werden. Der OEM-Vertrieb dürfte keine eigenständige Nutzungsart darstellen, insoweit ist die höchstrichterliche Rechtsprechung aber noch abzuwarten. Bestätigt sich das hier gefundene Ergebnis, ist ein »Unbundling« auch dann rechtmäßig, wenn Zwischenhändler unmittelbar mit OEM-Produkten beliefert werden und diese selbst in Verkehr bringen.

³⁷ BGH ZUM 1986, 678, 680 – Schallplattenvermietung.

³⁸ Vgl. *Hubmann*, GRUR 1986, 739 und zum Problem der »internationalen Erschöpfung« BGH ZUM 1988, 410, 411 – Schallplattenimport III; *Schricker/Loewenheim*, § 17, Rn. 50 ff.