

Zeitschrift für Geistiges Eigentum

Intellectual Property Journal

2

Band 8
2016

Tagung am 9. Oktober 2015
Juristische Fakultät der Universität Basel
Verkehrsfähigkeit digitaler Güter

Ronny Hauck/Franz Hofmann/Herbert Zech
Verkehrsfähigkeit digitaler Güter 141–148

Wolfgang Kerber
Exhaustion of Digital Goods: An Economic Perspective 149–169

Christian Berger
Verkehrsfähigkeit „Digitaler Güter“.
Zur Dogmatik der Verkehrsfähigkeit von Rechten 170–194

Katharina de la Durantaye/Linda Kuschel
Der Erschöpfungsgrundsatz – Josef Kohler, *UsedSoft*,
and Beyond 195–217

Louis Pahlow
Lizenzen als handelbare Güter? Nutzungsrecht
und Nutzungsgegenstand im Softwareverkehr 218–238

Maximilian Becker
Ein modernes Urheberrecht.
Von der Nutzungshandlung zum digitalen Lebensbereich 239–288

Louisa Specht
Beschränkung der Verkehrsfähigkeit digitaler Güter
durch technische Schutzmaßnahmen 289–303

Eva Inés Oberfell
Beschränkungen der Verkehrsfähigkeit digitaler Güter
durch vertragliche Abreden 304–321



Mohr Siebeck

Zeitschrift für Geistiges Eigentum

Intellectual Property Journal

Herausgegeben von Michael Grünberger, Diethelm Klippel,
Karl-Nikolaus Peifer und Herbert Zech

Manuskripte und redaktionelle Anfragen werden an einen der Herausgeber erbeten:

- Prof. Dr. *Michael Grünberger*, LL.M. (NYU), Universität Bayreuth, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Wirtschafts- und Technikrecht, 95440 Bayreuth, michael.gruenberger@uni-bayreuth.de
- Prof. Dr. *Diethelm Klippel*, Universität Bayreuth, Bürgerliches Recht und Rechtsgeschichte, 95440 Bayreuth, diethelm.klippel@uni-bayreuth.de
- Prof. Dr. *Karl-Nikolaus Peifer*, Universität Köln, Institut für Medienrecht und Kommunikationsrecht, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht mit Urheberrecht, Gewerblichen Rechtsschutz, Neue Medien und Wirtschaftsrecht, Albertus-Magnus-Platz, 50923 Köln, kpeifer@uni-koeln.de
- Prof. Dr. *Herbert Zech*, Professor für Life Sciences- und Immaterialgüterrecht, Juristische Fakultät der Universität Basel, Peter Merian-Weg 8, Postfach, CH-4002 Basel, herbert.zech@unibas.ch

Übertragung der Rechte: Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag das ausschließliche Verlagsrecht für die Publikation in gedruckter und elektronischer Form. Weitere Informationen dazu und zu den beim Autor verbleibenden Rechten finden Sie unter www.mohr.de/zge

Ohne Erlaubnis des Verlags ist eine Vervielfältigung oder Verbreitung der ganzen Zeitschrift oder von Teilen daraus in gedruckter oder elektronischer Form nicht gestattet. Bitte wenden Sie sich an rights@mohr.de

Richtlinien für Manuskripte für die ZGE finden Sie unter www.mohr.de/zge

Erscheinungsweise: Bandweise, pro Jahr erscheint ein Band zu 4 Heften mit je etwa 130 Seiten.

Online-Volltext: Im Abonnement für Institutionen und Privatpersonen ist der freie Zugang zum Online-Volltext enthalten. Institutionen mit mehr als 20.000 Nutzern bitten wir um Einholung eines Preisangebots direkt beim Verlag. Kontakt: elke.brixner@mohr.de. Um den Online-Zugang für Institutionen/Bibliotheken einzurichten, gehen Sie bitte zur Seite: www.ingentaconnect.com/register/institutional. Um den Online-Zugang für Privatpersonen einzurichten, gehen Sie bitte zur Seite: www.ingentaconnect.com/register/personal.

Verlag: Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Postfach 2040, 72010 Tübingen.

Vertrieb: erfolgt über den Buchhandel.

© 2016 Mohr Siebeck GmbH & Co. KG Tübingen

Die Zeitschrift und alle in ihr enthaltenen einzelnen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany.

Satz: Martin Fischer, Tübingen; *Druck:* Gulde-Druck, Tübingen

ISSN 1867-237X

Ronny Hauck* / Franz Hofmann** / Herbert Zech***

Verkehrsfähigkeit digitaler Güter

Körperliche Gegenstände weichen zunehmend digitalen Inhalten. Zu den zahlreichen rechtlichen Fragen, die dies aufwirft, gehören unter anderem die Gestaltung von Verträgen über digitale Güter, Plattformneutralität, technische Schutzmaßnahmen, Gewährleistungsfragen oder ergänzende Pflichten wie die Bereitstellung von Updates. Das derzeit am heftigsten diskutierte Problem ist jedoch die Frage, inwieweit digitale Güter weiterveräußert werden können und ob eine vertragliche bzw. technische Einschränkung der Verkehrsfähigkeit digitaler Güter möglich ist (unten I.). Diese Frage nach der Verkehrsfähigkeit digitaler Güter erweist sich als ein zentraler Baustein für die (Weiter-)Entwicklung eines Rechts der digitalen Güter schlechthin. In diesem Sinne war das Thema Gegenstand einer Tagung am 9. Oktober 2015 in Basel. Es galt, die Thematik aus ökonomischer, historischer, dogmatischer und nicht zuletzt rechtspolitischer Perspektive auszuleuchten. Die Schriftfassungen der Vorträge finden sich gesammelt in diesem Heft (Übersicht dazu unten II.). Deutlich wurde dabei nicht nur die herausragende Rolle des Vertragsrechts, sondern auch, dass bei der Übertragung von Wertungen aus der analogen Welt in das digitale Zeitalter Vorsicht geboten ist. In jedem Fall stellt die Entwicklung eines Rechts der digitalen Güter eine noch zu bewältigende Aufgabe der Rechtswissenschaft dar (unten III.).

I. Die Forschungsfrage

Unsere Wirtschafts- und Rechtsordnung basiert auf der freien Handelbarkeit von Gütern. So gehört die Möglichkeit, erworbene Waren weiterzuverkaufen, zu den Grundprinzipien unserer Rechtsordnung und genießt besonderen rechtlichen Schutz.¹ Entsprechendes gilt auch für Forderungen.² Mit rechtlich geschützten immateriellen Gütern (Erfindungen, Werke, Kennzeichen und neuerdings Soft-

* PD Dr. jur., Akademischer Oberrat a. Z. am Lehrstuhl für Wirtschaftsrecht und Geistiges Eigentum, Technische Universität München.

** Dr. jur., LL.M. (Cambridge), Akademischer Rat a. Z. am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Recht des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrecht, Ludwig-Maximilians-Universität München.

*** Prof. Dr. jur. Dipl.-Biol., Professur für Life Sciences-Recht und Immaterialgüterrecht an der Universität Basel. Besonderer Dank gilt dem Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung (SNF), der die Tagung, deren Beiträge in diesem Heft publiziert werden, freundlicherweise gefördert hat.

1 MünchKomm/Roth/Kieninger, BGB, 7. Aufl., 2016, § 413 Rn. 1; vgl. auch Berger, Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen, 1998, S. 1 ff.

2 Staudinger/Busche, BGB, Neubearbeitung 2012, Einleitung zu §§ 398 ff. Rn. 2 ff.

ware) ist seit Ende des 19. Jahrhunderts eine dritte Kategorie ins Blickfeld der wirtschaftlichen und juristischen Diskussion gerückt. Die betreffenden Immaterialgüterrechte werden in der Regel nicht verwertet, indem sie selbst gehandelt werden (was beim übertragbaren Patent möglich ist, beim unübertragbaren Urheberrecht dagegen nicht), sondern indem Waren gehandelt werden, in denen solche Rechte verkörpert sind (Bücher, CDs, patentgeschützte Produkte etc.).

Das Auftreten solcher Waren ändert aber nichts am Grundsatz der Verkehrsfähigkeit: Eine Maschine kann selbst dann weiterveräußert werden, wenn in ihr ein patentrechtlich geschütztes Verfahren verkörpert ist; der Käufer eines Buchs kann dieses trotz bestehenden Urheberrechts am Schriftwerk nach getaner Lektüre weiterverkaufen und auch der Aufdruck einer Marke verhindert einen Gebrauchthandel nicht. Rechtlich folgt dies aus dem Erschöpfungsgrundsatz, der sich für sämtliche Rechte des geistigen Eigentums folgendermaßen verallgemeinern lässt:³ Wurde eine Sache, in der eine immaterialgüterrechtlich geschützte Leistung verkörpert ist, vom Rechtsinhaber oder mit seiner Zustimmung durch Dritte in Deutschland, der EU oder einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum in Verkehr gebracht, kann deren Weitervertrieb innerhalb dieses Gebiets nicht mehr untersagt werden. Immaterialgüterrechte müssen also gegenüber der Verkehrsfähigkeit von Sachen zurückstehen. Ökonomisch wird dies damit gerechtfertigt, dass die beim Erstverkauf erzielten Einnahmen den Berechtigten hinreichend entlohnen. Eine weitergehende Kontrolle entlang der Vertriebskette ist wirtschaftlich nicht geboten und letztlich auch wettbewerbspolitisch unerwünscht. Andere Verwertungshandlungen, die dem Inhaber von Rechten geistigen Eigentums vorbehalten sind, insbesondere die Vervielfältigung des Werks, bleiben davon freilich unberührt.

Neuerdings ist mit den digitalen Gütern eine vierte Kategorie handelbarer Gegenstände aufgetreten. Während sich der Erschöpfungsgrundsatz für körperliche Güter praktisch bewährt hat, stellt sich die Frage bei digitalen Gütern gänzlich neu.⁴ Denn hier wird kein körperlicher Träger mehr in Umlauf gebracht, sondern nur noch der „reine Datensatz“. Software wird aus dem Internet heruntergeladen, E-Books und E-Paper werden unmittelbar auf ein Lesegerät übertragen und Musik wird gegebenenfalls sogar ausschließlich als Streaming-Angebot konsumiert. Gilt das überkommene Prinzip der freien Übertragbarkeit auch für digitale Güter?

Das Thema ist zwischenzeitlich auch auf europäischer Ebene angekommen. In seiner *UsedSoft*-Entscheidung hat der Europäische Gerichtshof „gebrauchte“ Software-Lizenzen für verkehrsfähig erklärt – ungeachtet dessen, dass die gehan-

3 Vgl. *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 7. Aufl. 2015, § 13 Rn. 429 ff.; *Kraßer/Ann*, Patentrecht, 7. Aufl. 2016, § 33 Rn. 274 ff.; *Götting*, Gewerblicher Rechtsschutz, 10. Aufl. 2014, § 23 Rn. 17 ff.; § 46 Rn. 17; § 56 Rn. 40 ff.

4 *Berger*, Urheberrechtliche Erschöpfungslehre und digitale Informationstechnologie, GRUR 2002, 198.

delte Software nicht auf einem Datenträger verkörpert war.⁵ Jenseits von Software ist die Frage nach der Verkehrsfähigkeit digitaler Güter hingegen höchstrichterlich noch nicht behandelt worden und damit erst recht umstritten. Eine Lehre der „digitalen Erschöpfung“ ist freilich sowohl aus rechtlicher als auch aus ökonomischer Sicht diskussionswürdig. Denn der Erschöpfungsgrundsatz knüpft an ein körperliches Werkexemplar an, es geht um den Ausgleich der Interessen des Sacheigentümers und des Inhabers des betreffenden Immaterialgüterrechts. Eine solche Verkörperung fehlt aber bei digitalen Gütern, die ohne ein Trägermedium (DVD, CD-ROM) veräußert werden. Bis heute ist es daher nicht gelungen, eine schlüssige Theorie der digitalen Erschöpfung zu entwickeln.⁶ Auch aus ökonomischer Sicht bestehen Unterschiede zwischen analogen und digitalen Gebrauchtmärkten. Bücher aus zweiter Hand konkurrieren – schon aufgrund der unvermeidlichen Abnutzung – augenscheinlich nicht mit Neuerscheinungen. Wenn aber ein E-Book bereits gelesen ist, macht dies aus dem weitergegebenen Datensatz kein E-Book zweiter Wahl, da digitale Güter eben keiner Abnutzung unterliegen. Anders formuliert: Ein faktischer Unterschied zwischen Erst- und Zweitmarkt ist nicht mehr zu erkennen.

Ungeachtet der Aussagen des EuGH zur digitalen Erschöpfung ist noch vieles ungeklärt. In der gerade beginnenden Diskussion fehlt vor allem eine übergeordnete Betrachtung der Thematik. Eine Vielzahl von wissenschaftlichen Beiträgen⁷ (welche nicht nur die praktische Relevanz belegen, sondern auch offenbaren, wie kontrovers die Rechtslage diskutiert wird) ändert nichts daran, dass die Bedeutung allgemeiner Regelungen des bürgerlichen Rechts für die Problematik bislang nicht ausreichend untersucht wurde. Denn das Thema betrifft grundlegende Fragen des gesamten Zivilrechts, wie den Grundsatz der Verkehrsfähigkeit, die Rechtsnatur schuldrechtlicher Geschäfte über unkörperliche Güter und die Inhaltskontrolle von Verträgen. Dies wiederum ist nicht nur aus wissenschaftlicher Perspektive unbefriedigend, auch praktisch ist dies ein Problem. Während die Rechtsprechung die Verkehrsfähigkeit durch eine Beschränkung des Urheberrechts fördert,⁸ versucht die Kautelarpraxis, die Kontrolle digitaler Märkte mit anderen Mitteln zurückzugewinnen. Abhilfe soll etwa das *Vertragsrecht* schaffen.⁹ Ob aber im Zwei-Personen-Verhältnis (standardmäßig) vereinbarte Weiterveräußerungsverbote wirksam sind, lässt sich nur mit einem *grundsätzlichen*

5 EuGH, Urt. v. 3.7.2012, Rs. C-128/11 = ECLI:EU:C:2012:407 = JZ 2013, 37 – *UsedSoft/Oracle* mit. Anm. *Ohly*.

6 *Dreier/Leistner*, Urheberrecht im Internet – die Forschungsherausforderungen, GRUR 2013, 881, 887 f.

7 Z. B. *Senfleben*, Die Fortschreibung des urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatzes im digitalen Umfeld. Die *UsedSoft*-Entscheidung des EuGH: Sündenfall oder Befreiungsschlag?, NJW 2012, 2924.

8 OLG Frankfurt a. M. GRUR 2013, 279 – *Adobe/UsedSoft*.

9 Vgl. OLG Hamm GRUR 2014, 853 – *Hörbuch-AGB*, vgl. dazu *Hauck*, Gebrauchthandel mit digitalen Gütern, NJW 2014, 3616; *ders.*, GRUR-Prax 2014, 309.

Verständnis der ökonomischen, rechtlichen und tatsächlichen Hintergründe des Handels digitaler Güter lösen. Gleiches gilt, wenn Vertriebsketten faktisch durch *technische Schutzmaßnahmen* kontrolliert werden.¹⁰ Ob und wie hier zum Beispiel das Sachmängelgewährleistungsrecht Grenzen setzen kann und soll, lässt sich besser einschätzen, wenn nicht nur immaterialgüterrechtliche Einzelfallentscheidungen ausgewertet werden, sondern zugleich der Fundus allgemein-zivilrechtlicher Erkenntnisse zu Rate gezogen wird.

Diese breitere Perspektive zu öffnen und die Frage nach der Verkehrsfähigkeit digitaler Güter losgelöst von Einzelfällen grundsätzlich anzugehen, war Anlass für die Basler Tagung. Indem ein breiterer Blickwinkel eingenommen wird, soll dazu beigetragen werden, wissenschaftlich fundierte und praktisch brauchbare Lösungen für die mit der Verkehrsfähigkeit digitaler Güter verbundenen bislang noch offenen und hoch umstrittenen Rechtsfragen zu finden.

II. Übersicht über die Einzelthemen

Die folgenden Beiträge lassen sich in vier Blöcke gliedern: erstens der ökonomische Hintergrund, zweitens die Verkehrsfähigkeit in der analogen Welt, drittens die Verkehrsfähigkeit in der digitalen Welt und viertens Mechanismen zur Einschränkung der Verkehrsfähigkeit.¹¹

Ein Verständnis des ökonomischen Hintergrunds ist für die Frage der Verkehrsfähigkeit digitaler Güter von überragender Bedeutung, findet doch der Erschöpfungsgrundsatz für *körperliche* Gegenstände seine Rechtfertigung in ökonomischen Erwägungen. Die Kernfrage lautet daher, ob die Handelbarkeit *digitaler* Güter aus ökonomischer Perspektive gleichfalls eher zu begrüßen ist, oder ob es Bedenken gibt, die durch die immaterielle Natur der Güter veranlasst sind. In diesem Zusammenhang kommt es u. a. auf die Funktionsweise von Zweitmärkten an oder ob es um gewerbliche oder nicht-gewerbliche Abnehmer geht. *Wolfgang Kerber* präsentiert dabei den Erschöpfungsgrundsatz als Teilfrage der ökonomisch optimalen Ausgestaltung des Urheberrechts. Das Bild, das er zeichnet, ist durchaus differenziert. Deutlich wird aber auch, dass sich die Vor- und Nachteile des Erschöpfungsgrundsatzes bei digitalen Gütern gravierend verschieben.¹²

Der zweite Block ist den rechtlichen Grundsätzen gewidmet, welche die Verkehrsfähigkeit im Zivilrecht und im Recht des Geistigen Eigentums prägen. Um sich nicht im „Klein-Klein“ aktueller Tagesprobleme der Erschöpfung von Soft-

¹⁰ *Mackenrodt*, Technologie statt Vertrag? Sachmangelbegriff, negative Beschaffenheitsvereinbarungen und AGB beim Kauf digitaler Güter, 2015.

¹¹ Vgl. auch den Tagungsbericht, *Hofmann/Hauck/Zech*, JZ 2016, 197 f.

¹² *Kerber*, Exhaustion of Digital Goods: An Economic Perspective, ZGE 2016, S. 149–169 (in diesem Heft).

ware etc. zu verlieren, ist es notwendig, sich die bürgerlich-rechtlichen Grundsätze der Verkehrsfähigkeit in Erinnerung zu rufen. Das Bürgerliche Recht hält schließlich einen breiten Fundus zur Verkehrsfähigkeit von Gegenständen bereit. *Christian Berger* erzählt in seinem Beitrag vor diesem Hintergrund die Geschichte der Verkehrsfähigkeit als eine Geschichte von „Entfesselungen“ und „Mobilisierungsprozessen“.¹³ Während die bürgerlich-rechtliche Dogmatik zur Verkehrsfähigkeit insbesondere rund um die Regelungen der §§ 413, 399 BGB und § 137 BGB kreist, ist im Recht des Geistigen Eigentums namentlich der Erschöpfungsgrundsatz Garant der Verkehrsfähigkeit. Um diesen Grundsatz im rechten Licht zu sehen, richten *Katharina de la Durantaye* und *Linda Kuschel* den Blick auf dessen Entwicklung von der Begründung durch *Josef Kohler* im späten 19. Jahrhundert bis hin zur Neuinterpretation durch den EuGH in der *UsedSoft*-Entscheidung. Im Kern geht es in allen Fällen darum, die widerstreitenden Interessen von Urhebern und Erwerbfern in Ausgleich zu bringen und Konflikte zwischen Eigentum und Urheberrecht und namentlich zwischen dem freien Warenverkehr und dem urheberrechtlichen Territorialitätsprinzip zu lösen.¹⁴

Auf diesem Fundament kann im dritten Block nach neuen Wegen gesucht werden, um die Problematik der Verkehrsfähigkeit digitaler Güter zu lösen. Ein in der Literatur überlegter Ansatz ist, eine Lösung jenseits des Erschöpfungsgrundsatzes im Lizenzvertragsrecht zu suchen.¹⁵ *Louis Pahlow* zeigt sich in seinem Beitrag indes skeptisch, ob Lizenzen als frei handelbare Güter taugen. Vor allem auf Basis des geltenden Rechts ist die Rede vom „Lizenzhandel“ dogmatisch unscharf. Denn selbst wenn die Weiterveräußerung eines digitalen Gutes wie Software möglich sein sollte, führt dies nicht automatisch zur Übertragung auch der vertraglich vereinbarten Nutzungsrechte.¹⁶ Noch weitergehend könnte überlegt werden, statt wie bisher im Urheberrecht an technische Vorgänge wie Vervielfältigungen anzuknüpfen, die Anknüpfungspunkte für Verwertungshandlungen völlig neu zu wählen (bis hin zum einfachen Werkgenuss als relevante und damit rechtlich steuerbare Nutzungshandlung).¹⁷ Auch dieser Ansatz ist für das Generalthema dieses Heftes von großem Interesse. Denn ein bisher nicht gelöstes Problem im Rahmen der „Erschöpfung“ ist, dass diese nur das dem Rechtsinhaber zustehende Verbreitungsrecht betrifft und so das Weiterveräußerungsverbot neutralisiert. Bei der Nutzung digitaler Güter stehen aber immer auch andere Nutzungshandlungen – insbesondere Vervielfältigungen auf dem jeweiligen „Lesegerät“ oder Rechner – im Raum, die nach der traditionellen

¹³ *Berger*, Verkehrsfähigkeit „Digitaler Güter“, ZGE 2016, S. 170–194 (in diesem Heft).

¹⁴ *de la Durantaye/Kuschel*, Der Erschöpfungsgrundsatz – Josef Kohler, *UsedSoft*, and Beyond, ZGE 2016, S. 195–217 (in diesem Heft).

¹⁵ *Zech*, Vom Buch zur Cloud – Die Verkehrsfähigkeit digitaler Güter, *ders.*, Lizenzen für die Benutzung von Musik, Film und E-Books in der Cloud, ZGE 2013, 368, 380; *ders.*, ZUM 2014, 3, 10.

¹⁶ *Pahlow*, Lizenzen als handelbare Güter?, ZGE 2016, S. 218–238 (in diesem Heft).

¹⁷ Vgl. *Schulze*, Werkgenuss und Werknutzung in Zeiten des Internets, NJW 2014, 721 ff.

Erschöpfungslehre gerade nicht „erschöpft“ sind. *Maximilian Becker* stellt ausgehend davon einen Ansatz vor, wie das Urheberrecht insgesamt neu gedacht werden kann. Statt an mechanische Einzelvorgänge anzuknüpfen, empfiehlt er, Nutzungssphären im Sinne „digitaler Lebensbereiche“ durch Wertung abzugrenzen. Seine Überlegungen basieren auf der Einsicht, dass im digitalen Zeitalter ein fundamentaler Wandel vom „Haben“ zum „Zugang“ zu beobachten ist.¹⁸

Im vierten Block fällt der Blick auf Möglichkeiten zur Beschränkung der Verkehrsfähigkeit. Hier sollen mögliche Umgehungsstrategien und deren rechtliche Grenzen aufgezeigt werden. Lässt sich dinglich eine Beschränkung nicht bewirken, können – aus Sicht des Rechtsinhabers – gegebenenfalls das Vertragsrecht oder ein faktischer Schutz über technische Schutzmaßnahmen Abhilfe schaffen. Insoweit stellt sich indes die Frage, ob etwa Kopierbeschränkungen als Sachmängel zu beurteilen sind.¹⁹ Oder sind Standardklauseln mit Weitergabeverboten nach den §§ 305 ff. BGB ohnehin unwirksam? Inwieweit derartige faktische (Schutz-)Maßnahmen rechtlichen Grenzen unterliegen, untersucht *Louisa Specht* in ihrem Aufsatz.²⁰ Die „Schranken-Schranke“ der Verkehrsfähigkeit mittels des Vertragsrechts wird abschließend von *Eva Obergfell* beleuchtet.²¹ Da Rechteinhaber über Online-Plattformen mit Konsumenten – anders als im analogen Zeitalter – direkt in Kontakt treten können, ist gerade diese Frage praktisch von höchster Relevanz. Von der Möglichkeit, die Rechtslage jenseits gesetzlicher Schutzrechte (meist im Interesse der Verwerter) maßgerecht zu schneiden, wird in der Tat bereits intensiv Gebrauch gemacht.²²

III. Entwicklung eines Rechts digitaler Güter

Die aktuelle Rechtsprechung zur digitalen Erschöpfung namentlich bei Software²³ ist im größeren Kontext der Verkehrsfähigkeit von Gütern zu sehen. Das Problem ist nicht neu, verlangt aber im digitalen Kontext womöglich nach neuartigen Antworten. Die Übertragung von Wertungen aus dem analogen Zeitalter ist dabei mit Vorsicht zu genießen.

Im Ausgangspunkt sind vor allem drei Punkte veränderter Rahmenbedingungen besonders zu betonen: *Erstens* sind die technischen Rahmenbedingungen

¹⁸ *Becker*, Ein modernes Urheberrecht, ZGE 2016, S. 239–288 (in diesem Heft).

¹⁹ Vgl. dazu *Mackenrodt*, Technologie statt Vertrag? Sachmangelbegriff, negative Beschaffenheitsvereinbarungen und AGB beim Kauf digitaler Güter, 2015.

²⁰ *Specht*, Beschränkung der Verkehrsfähigkeit digitaler Güter durch technische Schutzmaßnahmen, ZGE 2016, S. 289–303 (in diesem Heft).

²¹ *Obergfell*, Beschränkungen der Verkehrsfähigkeit digitaler Güter durch vertragliche Abreden, ZGE 2016, S. 304–321 (in diesem Heft).

²² Vgl. OLG Hamm GRUR 2014, 853 – *Hörbuch-AGB*.

²³ Etwa BGH GRUR 2015, 772 – *UsedSoft III* mit Anm. *Sattler*; BGH GRUR 2015, 1108 – *GreenIT*; OLG Frankfurt a. M. GRUR 2013, 279 – *Adobe/UsedSoft*.

verschieden. Während auf herkömmlichen Gebrauchtmärkten tatsächlich zweitklassige Produkte gehandelt wurden, ist die digitale Kopie von dem Original auch noch nach einer Vielzahl von Kopiervorgängen nicht zu unterscheiden. Lagerkosten entfallen und die Kosten der Reproduktion gehen gegen null.²⁴ *Zweitens* wandelt sich das Nutzerverhalten. Statt Werkexemplare physisch zu sammeln, vertraut der moderne Konsument darauf, jedwedes Werk zu jeder Zeit mühelos online zum Download erwerben zu können oder noch weitergehend über Streamingangebote dazu unbeschränkt Zugang zu erhalten ohne ein eigenes Werkexemplar zu „besitzen“.²⁵ *Drittens* eröffnet der technische Fortschritt neue Abrechnungsmodelle. Statt auf den Verkauf eines Werkexemplars (bzw. seine Herstellung) abzustellen – urheberrechtlich geht es insbesondere um eine Verbreitung nach § 17 UrhG bzw. eine Vervielfältigung nach § 16 UrhG –, kann heute der konkrete Konsum bei Onlinenutzungen exakt nachvollzogen werden. Daraus folgt auch eine wachsende Bedeutung des Vertragsrechts.²⁶ Es wird insoweit vor allem darauf ankommen, weder Wertungen aus dem Immaterialgüterrecht und insbesondere dem Urheberrecht unbesehen in das Vertragsrecht zu übertragen, noch das Vertragsrecht ohne Verständnis für die Wertungen des Rechts des Geistigen Eigentums weiterzuentwickeln. Auch wird es darum gehen, die vom Recht angebotenen „one-size-fits-all-Lösungen“ mit Blick auf den Erschöpfungsgrundsatz zu hinterfragen. Nicht zuletzt wird eine Diskussion über die gerechte Vergütung der Urheber (und Verwerter) notwendig sein.

Juristisch-dogmatisch ist von entscheidender Bedeutung, die in diesem Heft behandelten Einzelfragen – speziell zu technischen Schutzmaßnahmen, vertraglichen Beschränkungen und zur digitalen Erschöpfung – im Zusammenhang zu sehen. Für die Endkunden ist es schließlich im Ergebnis nicht relevant, ob beispielsweise ein online erworbenes E-Book aus *urheberrechtlichen*, *technischen* oder *vertragsrechtlichen* Gründen nicht weiterveräußert werden darf bzw. kann. Diese Einzelfragen einschließlich ihrer bürgerlich-rechtlichen Wurzeln sind nichts anderes als dogmatisch unterschiedliche Ausprägungen der Generalfrage nach der Verkehrsfähigkeit von (digitalen) Gütern.

Klar ist: Die Entwicklung eines wissenschaftlich fundierten *Rechts der digitalen Güter* mit einer Durchdringung der zahlreichen Einzelprobleme wie der Verkehrsfähigkeit steht noch am Anfang. Die Beiträge in diesem Heft können hierfür einen Grundstein bilden.

²⁴ Dazu *Kerber*, Exhaustion of Digital Goods: An Economic Perspective, ZGE 2016, S. 149–169 (in diesem Heft).

²⁵ Dazu *Becker*, Ein modernes Urheberrecht, ZGE 2016, S. 239–288 (in diesem Heft).

²⁶ *Ohly*, Gesetzliche Schranken oder individueller Vertrag?, in: Dreier/Hilty (Hrsg.), Vom Magnettonband zu Social Media. Festschrift 50 Jahre Urheberrechtsgesetz (UrhG), 2015, S. 379, 380 f.

Summary

Tangible goods lose ground to intangible content. This raises a lot of legal questions: How to design contracts concerning digital content? Is anybody legally liable to provide updates? What about the principle of neutrality of platforms or protection of technological measures and rights-management information? The most controversial issue, however, is whether digital goods are marketable or whether it is possible to limit the free circulation of these goods by technical or contractual means. The question of free circulation of digital goods is a cornerstone within the development of a Law of Digital Goods itself. Accordingly, a conference in Basel on 9 October 2015 was dedicated to discuss this topic from an economic, historical, doctrinal and last but not least political perspective. All presentations are published in this volume. The contributions underline the increasing significance of contract law. However, convincing arguments regarding tangible goods are not necessarily convincing in the digital context. Developing a Law of Digital Goods is a major future challenge for lawyers.

Zeitschrift für Geistiges Eigentum

Intellectual Property Journal

Band 8 (2016), Nr. 2

Die Zeitschrift für Geistiges Eigentum (ZGE) bietet als forschungsorientierte Zeitschrift ein Forum für grundlagenorientierte Abhandlungen zum Patentrecht, Urheberrecht, Kennzeichenrecht und zu verwandten Rechtsgebieten. Dabei stehen nicht nur Fragen des geltenden Rechts im Mittelpunkt, sondern auch die rechtshistorischen, rechtsphilosophischen, methodologischen und – insbesondere – ökonomischen Grundlagen. Da das Recht des geistigen Eigentums wie nur wenige andere Rechtsgebiete vom europäischen Gemeinschaftsrecht geprägt ist, soll die Zeitschrift nicht zuletzt einen Beitrag zur Entstehung einer genuin europäischen Dogmatik leisten.

The Intellectual Property Journal (IPJ) is a research-oriented journal dedicated to patents, copyright, trade marks and related areas of law. It provides a forum for articles which analyze fundamental issues of intellectual property law, including its historical, philosophical, methodological and – in particular – economic foundations. Since intellectual property law has been influenced by European Community law to a greater extent than other areas of private law, the journal will also aim at contributing to the development of a genuinely European doctrine.

Herausgeber/ Michael **Grünberger**, Universität Bayreuth
Editors Diethelm **Klippel**, Universität Bayreuth
Karl-Nikolaus **Peifer**, Universität Köln
Herbert **Zech**, Universität Basel



Mohr Siebeck www.mohr.de



1867-237x(201606)8:2;1-G