

Herbert Zech

Vom Buch zur Cloud

Die Verkehrsfähigkeit digitaler Güter

Die Verkehrsfähigkeit digitaler Güter sowie die Möglichkeit ihrer vertraglichen Einschränkung werden heftig diskutiert. Dabei stehen vor allem urheberrechtliche Fragen im Vordergrund, insbesondere, ob urheberrechtliche Erschöpfung auch bei der Veräußerung unkörperlicher Güter eintreten kann. Das Schuldrecht tritt demgegenüber in den Hintergrund. Vor allem die instanzgerichtliche Rechtsprechung zeigt aber, dass dem Schuldrecht bei der Gewährleistung der Weiterveräußerbarkeit digitaler Güter große Bedeutung zukommt. Die Klauselkontrolle ermöglicht es, Weiterveräußerungsverbote, die in der Regel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbart werden, in ihrer Wirkung zu beschränken. Dabei kommt die Verkehrsfähigkeit zum einen als gesetzlicher Leitgedanke nach § 307 II Nr. 1 BGB (in Regelungen des Bürgerlichen Rechts und des Urheberrechts), zum anderen aber auch als vertragliches Leitbild nach § 307 II Nr. 2 BGB zum Tragen.

I. Einleitung

Mit der Entwicklung „vom Buch zur Cloud“, also von verkörperten Informationsgütern zum bloßen Zugang in Netzwerken, geht eine Änderung der rechtlichen Situation beim Erwerb solcher Güter einher. Hinzu kommt ein Trend von der dauerhaften Überlassung als einmaliges Austauschverhältnis zur bloßen zeitweisen Überlassung oder zu Verträgen mit Dienstleistungscharakter, die als Dauerschuldverhältnisse ausgestaltet sind („asset to access“).¹ Ein ebenso für den Erwerber wie für die Allgemeinheit wichtiger Aspekt ist, ob die erworbenen Positionen weiterveräußert werden können. Damit verbunden ist die Frage, ob die Weiterveräußerung durch vertragliche Vereinbarung – insbesondere in Form Allgemeiner Geschäftsbedingungen – verhindert werden kann.

Die juristische Diskussion wird vor allem im Hinblick auf die Reichweite des urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatzes geführt. Zu Software, die im Wege des Downloads erworben wurde, erging 2012 die wegweisende Entscheidung des

1 Dazu *Bisges*, MMR 2012, 574, 578; *Hartmann*, GRUR Int. 2012, 980, 985; *Marly*, EuZW 2012, 654, 657; *Schneider/Spindler*, CR 2012, 489, 497; *Hansen*, Interview vom 9.4.2013, <http://www.bvdw.org/mybvdw/media/download/bvdw-forum-recht-interview.pdf?file=2680>, zuletzt aufgerufen am 13.8.2013, S. 3; *Peifer*, AfP 2013, 89, 92; *Stieper*, ZUM 2012, 668, 670.

EuGH *UsedSoft/Oracle*². Eine Entscheidung des LG Bielefeld vom März 2013,³ die sich im Anschluss an diese EuGH-Entscheidung mit der Weiterveräußerung von Hörbüchern und E-Books befasste, gibt Anlass, die Verkehrsfähigkeit digitaler Güter und die Möglichkeit ihrer vertraglichen Einschränkung eingehender zu untersuchen. Dabei sind nicht nur urheberrechtliche, sondern auch schuldrechtliche – insbesondere vertragstypologische – Aspekte darzustellen.⁴ Zunächst ist aber zu klären, welche faktischen und rechtlichen Positionen bei Rechtsgeschäften über digitale Güter erworben werden und wie dabei die Möglichkeit zur Weiterveräußerung vertraglich eingeschränkt werden kann.

1. Erwerb digitaler Güter: faktische und rechtliche Positionen

Digitale Güter zeichnen sich dadurch aus, dass sie Information in digitaler Form enthalten oder aus solcher bestehen.⁵ Für den Erwerber eines digitalen Gutes kommt es wesentlich auf diese Information an. In technischer Hinsicht lässt sich folgende Entwicklung feststellen: Zunächst wurden digitale Güter vor allem *verkörpert als Datenträger* veräußert. Diese Vertriebsform entwickelte sich weiter zu einem Vertrieb ohne Verkörperung, d. h. digitale Güter werden unmittelbar in Netzen zum Download angeboten. Der Erwerber bekommt hier nur noch die *Information in Form von Daten*. Als dritte Phase lässt sich die sogenannte Cloud umschreiben, bei der ein Erwerber nur noch *Zugang zu einem Netz* erhält, wo er bestimmte Informationen oder eine bestimmte Rechenleistung nutzen kann.

² EuGH, Urt. v. 3.7.2012, Rs. C-128/11, JZ 2013, 37 – *UsedSoft/Oracle*.

³ LG Bielefeld, Urt. v. 5.3.2013 – 4 O 191/11, BeckRS 2013, 07144 (online zugänglich unter http://www.boersenverein.de/sixcms/media.php/976/LG_Bielefeld_vom_05.03.13_Klage_Verbraucherzentralen.pdf, zuletzt aufgerufen am 13.8.2013). Zur Beurteilung von Weiterveräußerungsverboten beim Online-Vertrieb vor der *UsedSoft*-Entscheidung des EuGH: KG, Urt. v. 22.9.2011 – 23 U 178/09, online zugänglich unter <http://www.gerichtsentscheidungen.berlin-brandenburg.de/jportal/?quelle=jlink&docid=KORE223892012&xpsml=sammlung.psm1&max=true&bs=10>, zuletzt aufgerufen am 13.8.2013 (Musikdateien); OLG Stuttgart, Urt. v. 3.11.2011 – 2 U 49/11, MMR 2012, 834 (Hörbücher). Zur Rechtslage in den USA: Entscheidung des United States District Court for the Southern District of New York v. 30.3.2013, No. 12–0095, 2012 U.S. Dist. – *Capitol Records, LLC versus ReDigi Inc.* Zur politischen Debatte: Gesetzentwurf der Abgeordneten Dr. Petra Sitte, Halina Wawzyniak, Jan Korte, Agnes Alpers, Dr. Rosemarie Hein, Ulla Jelpke, Dr. Lukrezia Jochimsen, Caren Lay, Frank Tempel und der Fraktion DIE LINKE v. 18.1.2012, Entwurf eines Gesetzes zur Ermöglichung der privaten Weiterveräußerung unkörperlicher Werkexemplare, BT-Drs. 17/8377, S. 1ff.

⁴ Vgl. *Cichon*, GRUR-Prax 2010, 381.

⁵ Zu den verschiedenen Informationsgütern *Zech*, Information als Schutzgegenstand (2012), S. 46 ff. Bei digitalen Gütern handelt es sich immer um syntaktische Information, also Information, die durch eine Menge von Zeichen abgegrenzt wird. Da „digitale“ Information für die Verarbeitung durch Maschinen bestimmt ist (auch E-Books oder Hörbücher müssen erst durch Informationstechnik für den Menschen wahrnehmbar gemacht werden), handelt es sich um Daten. Die maschinenlesbare syntaktische Information kann verkörpert auf einem Datenträger oder unkörperlich verbreitet werden.

Eine entsprechende Entwicklung lässt sich bei der vielleicht ältesten Kategorie digitaler Güter, *Software* (also Daten, die der Steuerung von Computern bzw. allgemein von Maschinen dienen), gut verfolgen: Während diese zunächst in Form von Disketten, CDs oder DVDs angeboten wurde, gehen die Anbieter mehr und mehr zum reinen Download über; ein Download lag auch der EuGH-Entscheidung *UsedSoft/Oracle* zu Grunde.⁶ Die Entwicklung blieb dabei aber nicht stehen, sondern ist mit ASP (Application Service Providing)⁷ und SaaS (Software as a Service) bereits „in der Cloud“ angekommen. Ähnliches lässt sich auch für *Informations- und Unterhaltungsgüter* konstatieren: Nachrichten und sonstige Inhalte in Textform werden verkörpert als Buch oder Zeitung, in Form unkörperlicher Daten als E-Book und E-Paper und schließlich als bloße Zugangsmöglichkeit bei Onlineangeboten vermarktet. Digitale Unterhaltungsgüter haben sich von CD und DVD über den Download von Dateien (MP3, MP4 etc.) zum reinen Streaming oder ähnlichen Angeboten von Zugang in der Cloud entwickelt.⁸

Rechtlich gesehen sind mit der technischen Entwicklung große Umstellungen verbunden: Während der Erwerb körperlicher Datenträger den Regeln des einfachen Sachkaufs folgt, der Erwerber also nicht nur Besitz, sondern auch *Eigentum* erwirbt und die Frage der Weiterveräußerung im Urheberrecht durch den Erschöpfungsgrundsatz geklärt ist, werfen der Erwerb und die Weiterveräußerung von Daten bereits zahlreiche Probleme auf, die unter II. ausführlicher dargestellt werden sollen. Als rechtliche Position erhält der Erwerber hier allenfalls noch ein *urheberrechtliches Nutzungsrecht*.⁹ Bei Verträgen über die Gewährung von Zugang zur Cloud bekommt der Kunde schließlich nur noch einen *Anspruch auf Zugangsgewährung* gegen den Anbieter. Eine faktische Position wird zunächst nicht erworben.¹⁰ Der Erwerber kann allenfalls den Anspruch weiterübertragen, sieht sich jedoch mit der von § 399 Fall 2 BGB grundsätzlich vorgesehenen Möglichkeit zum vertraglichen Abtretungsausschluss konfrontiert. Rechtlich gesehen

6 EuGH, Urt. v. 3.7.2012, Rs. C-128/11, JZ 2013, 37 – *UsedSoft/Oracle*.

7 Zur rechtlichen Einordnung BGH, Urt. v. 15.11.2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 3294, 2394 f. – *Softwareüberlassung im Rahmen eines ASP-Vertrags*.

8 Zur Frage, ob beim Streaming durch den Benutzer urheberrechtliche Befugnisse tangiert sind: *Klickermann*, MMR 2007, 7, 11; *Schack*, GRUR 2007, 639, 641; *Fangerow/Schulz*, GRUR 2010, 677, 678 ff.; *Radmann*, ZUM 2010, 387, 389 ff.; *Vianello*, CR 2010, 728, ff.; *Busch*, GRUR 2011, 496, 498 ff.; *Eichelberger*, in: Leible (Hrsg.), *Der Schutz des Geistigen Eigentums im Internet* (2012), S. 17, 29 ff.; *Stieper*, MMR 2012, 12, 13 ff. Zur urheberrechtlichen Relevanz der Nutzung von Software über Cloud Computing *Bisges*, MMR 2012, 574, 577 f.

9 *Haberstumpf*, CR 2012, 561, 566, formuliert deshalb: „Die Kernproblematik des Handels mit Nutzungsrechten allgemein und des Handels mit gebrauchter Software im Besonderen besteht somit in folgender Frage: Sind gesetzliche Regelungen oder Klauseln in Softwareüberlassungsverträgen, die die überlassenen Nutzungsrechte zur Vervielfältigung des Programms für nicht abtretbar oder nicht übertragbar bezeichnen oder von der Zustimmung des Urhebers abhängig machen, wirksam?“ Dazu ausführlicher unter II.2.

10 Zu dieser Entwicklung auch *Ohly*, JZ 2013, 42, 44. Zu den rechtlichen Konsequenzen siehe II.3.

Delivered by Ingenta
91.152.21.50 Thursday, 19 Jun 2014 09:55:20
Copyright Clearance Center

gibt es noch eine vierte Stufe, bei der die Weiterübertragung des digitalen Gutes – zum Beispiel eines Benutzerkontos für Onlinespiele – nur noch in Form einer *Vertragsübernahme* möglich ist.¹¹

2. Einschränkung der Verkehrsfähigkeit durch vertragliche Weiterveräußerungsverbote

Durch vertragliche Vereinbarung kann versucht werden, die Möglichkeit zur Übertragung einer rechtlichen Position (dingliches Recht oder Anspruch) einzuschränken. Solche dinglichen Weiterveräußerungsverbote, die das rechtliche Können betreffen, werden vor allem durch die Grundnorm des § 137 S. 1 BGB erfasst, demzufolge die „Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht [...] nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden“ kann. Für urheberrechtliche Nutzungsrechte findet sich in § 34 UrhG eine Sonderregelung. Ansprüche können nach § 399 Fall 2 BGB in ihrer Abtretbarkeit mit dinglicher Wirkung beschränkt werden, wobei entweder diese Norm als Ausnahme zu § 137 S. 1 BGB gesehen wird oder – mit der wohl herrschenden Ansicht – unabtretbare Ansprüche schon keine „veräußerlichen Rechte“ im Sinne des § 137 S. 1 BGB darstellen.

Zumindest mittelbar wird die Verkehrsfähigkeit von Gütern auch durch schuldrechtliche Verbote beschränkt, die nicht das rechtliche Können, sondern nur das rechtliche Dürfen betreffen. Zwar bleibt die Weiterveräußerung dabei möglich, der Weiterveräußernde begeht aber eine Vertragsverletzung und setzt sich vor allem Schadensersatzansprüchen nach § 280 I BGB aus. § 137 S. 2 BGB stellt ausdrücklich klar, dass die „Wirksamkeit einer Verpflichtung, über ein solches [veräußerliches] Recht nicht zu verfügen“, durch § 137 S. 2 BGB „nicht berührt“ wird, dass ein schuldrechtliches Verbot also grundsätzlich wirksam ist. Mit schuldrechtlicher Wirkung kann auch die bloße faktische Weitergabe von Gütern verboten werden, d.h. eine solche Verpflichtung entfaltet auch dann Wirkung, wenn der Erwerber gar keine Rechtsposition erwirbt (zum Beispiel beim Kauf ungeschützter Daten).

Von besonderer Bedeutung sind vertragliche Beschränkungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB). Sie stellen bei Massengeschäften, denen hier besondere Aufmerksamkeit gewidmet werden soll, nahezu die einzige Form vertraglicher Einschränkungen dar. § 137 S. 2 BGB enthält keine Aussage darüber, ob entsprechende Verbote auch in AGB zulässig und damit wirksam sind. Zwar sind bei der Klauselkontrolle nur die Interessen des Kunden zu berücksichtigen. Das Allgemeininteresse an der Verkehrsfähigkeit von Gütern kann aber zumin-

¹¹ BGH, Urt. v. 11.2.2010 – I ZR 178/08, NJW 2010, 2661 – *Half-Life 2*. Näheres – auch zur Zulässigkeit einer solchen rechtlichen Gestaltung – unter II.4.

dest insoweit auch durch die Klauselkontrolle geschützt werden, als es sich mit dem Kundeninteresse an der Weiterveräußerbarkeit deckt.¹²

3. Gang der Untersuchung

Im Folgenden soll untersucht werden, ob die Verkehrsfähigkeit digitaler Güter bei Massengeschäften durch vertragliche Vereinbarungen in AGB eingeschränkt werden kann. Fragen der Einbeziehungskontrolle, insbesondere, ob im konkreten Fall eine überraschende Klausel nach § 305c I BGB vorliegt, bleiben dabei außer Betracht.¹³ Vielmehr geht es um die Verkehrsfähigkeit als Aspekt der Inhaltskontrolle. Dazu ist zunächst zu klären, ob die Verkehrsfähigkeit als Leitbild gesetzlicher Regelungen anzusehen ist, von denen nach § 307 II Nr. 1 BGB nicht durch Allgemeine Geschäftsbedingungen abgewichen werden kann (II.). Sodann wird gefragt, ob die Verpflichtung zur Verschaffung einer weiterveräußerbaren Position – und damit die Verkehrsfähigkeit digitaler Güter – als Vertragsleitbild nach § 307 II Nr. 2 BGB eingeordnet werden kann (III.). Danach werden die Interessen der Anbieter und der Erwerber digitaler Güter näher untersucht, die für oder gegen eine Weiterveräußerbarkeit sprechen (IV.). Im Vergleich mit der bestehenden ständigen Rechtsprechung des BGH zu klauselmäßigen Abtretungsverboten soll damit geklärt werden, ob Weiterveräußerungsverbote gegen § 307 I S. 1 BGB verstoßen, indem sie die Erwerber digitaler Güter unangemessen benachteiligen.

II. Verkehrsfähigkeit als gesetzliches Leitbild

Die für die Weiterübertragbarkeit einschlägigen Regelungen müssen für die unterschiedlichen Arten digitaler Güter getrennt untersucht werden. Dabei ist zu fragen, ob die rechtliche Position, sofern eine solche erworben wurde, grundsätzlich übertragbar ist und ob die Übertragbarkeit mit dinglicher Wirkung eingeschränkt werden kann. Darüber hinaus ist zu klären, ob ein schuldrechtliches Verbot der Weiterübertragung sowohl der rechtlichen Position als auch der erworbenen faktischen Position zulässig ist. Schließlich werden die einschlägigen Regelungen daraufhin untersucht, ob sie der Vereinbarung entsprechender Verbote in AGB entgegenstehen. Dies könnte man bejahen, wenn der Schutz der Verkehrsfähigkeit als Zweck der jeweiligen Regelungen anzusehen ist. Der Verkehrsfähigkeit käme dann die Funktion eines gesetzlichen Leitbilds zu.

¹² Staudinger/Coester, BGB, Neubearb. (2006), § 307 Rn. 145; für eine generelle Berücksichtigung von Drittinteressen Habersack, Vertragsfreiheit und Drittinteressen (1992), S. 172 ff.

¹³ Dazu Marly, Praxishandbuch Softwarerecht, 5. Aufl. (2009), Rn. 1588 f.

Delivered by Ingenta
0131.452.211.50 - Thursday, 6 Apr 2012 09:55:20
Copyright Clearance Center

1. Weiterveräußerung von Sachen

Hat der Erwerber einer Sache Besitz als faktische und Eigentum als rechtliche Position erworben, so kann er grundsätzlich beide Positionen weiterübertragen. Als Grundnorm für die Beurteilung vertraglicher Beschränkungen kommt dabei § 137 BGB zur Anwendung. Bei Sachen, die urheberrechtlich geschützte Werke verkörpern, ist daneben der Erschöpfungsgrundsatz zu beachten.

a) Zulässigkeit schuldrechtlicher Weiterveräußerungsverbote bei einfachen Sachen

Beim einfachen Sachkauf, zum Beispiel beim Erwerb eines Neuwagens, lässt sich die rechtliche Möglichkeit, das Eigentum weiterzuübertragen, nach § 137 S. 1 BGB nicht einschränken. Das Eigentum ist der Prototyp eines veräußerlichen Rechts. Eine beschränkende Vereinbarung kann somit keine dingliche Wirkung entfalten. § 137 S. 2 BGB stellt aber klar, dass eine schuldrechtliche Vereinbarung grundsätzlich wirksam ist, ohne dass es dafür besonderer Voraussetzungen bedarf.

Würde man die Wahrung der Verkehrsfähigkeit als einen wesentlichen Grundgedanken des § 137 S. 1 BGB anerkennen, wäre eine beschränkende schuldrechtliche Vereinbarung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nach § 307 II Nr. 1 BGB unwirksam. Dies lässt sich jedoch bereits mit der Dichotomie der beiden Sätze von § 137 BGB verneinen: § 137 S. 2 BGB erklärt schuldrechtliche Vereinbarungen ohne weitere Voraussetzungen für wirksam. Dann kann aber aus § 137 S. 1 BGB nicht der Grundgedanke abgeleitet werden, dass solche Vereinbarungen keine Wirksamkeit entfalten sollen. Dahinter verbirgt sich ein alter Streit um den Gesetzeszweck des § 137 S. 1 BGB:¹⁴ Unstrittig verfolgt diese Regelung mehrere Zwecke. Er gewährleistet den Schutz persönlicher Freiheit und bis zu einem gewissen Umfang auch den freien Güterumsatz. Letztere Funktion ist aber durch § 137 S. 2 BGB beschränkt, weswegen die Hauptfunktion des § 137 S. 1 BGB nach heute wohl herrschender und richtiger Ansicht darin zu sehen ist, dass dem Rechtsverkehr Orientierungssicherheit gegeben werden soll, indem verhindert wird, dass die Verfügungs- und die Nutzungsbefugnis an dinglichen Rechten aufgespalten werden und relative dingliche Rechte entstehen. Eine letzte Funktion ist auch noch in der Vollstreckungssicherung zu sehen, wobei aber § 851 II ZPO (der die Vollstreckung in Ansprüche sicherstellt, auch wenn diese nach § 399 Fall 2 BGB unabdingbar gestellt wurden) zeigt, dass das Vollstreckungsrecht hier über eigene gesetzliche Mittel verfügt. Auf jeden Fall lässt sich aus § 137 S. 1 BGB kein gesetzlicher Grundgedanke entnehmen, der der klauselhafte Vereinbarung eines Weiterveräußerungsverbots entgegenstehen würde.

¹⁴ Dazu E. Wagner, AcP 194 (1994), 451, 465 ff.; Berger, Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen (1998), S. 60 ff.

Delivered by Ingenta
214.150.241.150 Thursday, 26 Apr 2018 09:55:00
Copyright: Steebek

Fälle, bei denen die Befugnis zur Weiterveräußerung von Sachen – und damit auch zur Weiterübertragung des Eigentums – eingeschränkt wird, treten nicht allzu häufig auf. In der Rechtsprechung hat aber insbesondere der BGH bereits einen Fall entschieden, bei dem es um ein Verbot der Weiterveräußerung eines Neuwagens an Wiederverkäufer ging, zeitlich eng begrenzt bis zum Zeitpunkt der Erstzulassung.¹⁵ Dieses wurde – in Übereinstimmung mit dem soeben Dargestellten – für zulässig gehalten, wobei die Prüfung von vornherein nur unter dem Gesichtspunkt des allgemeinen Benachteiligungsverbots erfolgte.

b) Erschöpfungsgrundsatz bei Verkörperungen urheberrechtlich geschützter Werke

Die Beurteilung klauselhafter Weiterveräußerungsverbote ändert sich, wenn eine Sache (zum Beispiel eine CD) mit urheberrechtlich geschütztem Inhalt verkauft wird. Ohne vertragliche Vereinbarung beschränkt das Urheberrecht (z. B. an dem Computerprogramm oder an der Musik auf der CD), das zumeist einem Dritten zusteht, den Erwerber eines Werkexemplars nicht in der Möglichkeit, dieses weiterzuveräußern. Dies ergibt sich aus dem in § 17 II UrhG (für Software § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG) als Ausnahme zum Verbreitungsrecht normierten Erschöpfungsgrundsatz. Der Urheber kann die Weiterverbreitung eines Werkexemplars, das mit seiner Zustimmung in den Verkehr gebracht worden ist, nicht verbieten.

Anders als beim Verkauf anderer Sachen steht deshalb vertraglichen Weiterveräußerungsverboten bei Werkverkörperungen die gesetzliche Wertung des § 17 II UrhG bzw. des § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG entgegen. Der Erschöpfungsgrundsatz enthält nämlich nach zutreffender herrschender Ansicht den Grundgedanken, dass die Weitergabe des Werkexemplars, an dem sich das Urheberrecht erschöpft hat, frei bleiben soll.¹⁶ Dem widerspricht jede Art von vertraglicher

¹⁵ BGH, Urt. v. 24.9.1980 – VIII ZR 273/79, NJW 1981, 117, 119 – *Wiederverkäuferklausel*.

¹⁶ OLG Frankfurt, Urt. v. 25.6.1996 – 11 U 4/96, NJW-RR 1997, 494; OLG Hamm, Urt. v. 28.11.2012 – 12 U 115/12, BeckRS 2013, 04905; LG Bielefeld, Urt. v. 5.3.2013 – 4 O 191/11, S. 15; *Bartsch*, CR 1987, 8, 9; *Hoeren*, Softwareüberlassung als Sachkauf (1989), Rn. 151 ff.; *ders.*, IT-Vertragsrecht, 2. Aufl. (2012), S. 93; *Haberstumpf*, in: Lehmann, Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen (1993), Rn. II 133; *Köhler/Fritzsche*, in: Lehmann, Rn. XIII 59; *Polley*, CR 1999, 345, 348 f.; *Schuhmacher*, CR 2000, 641, 648; *Witte*, CR 2000, 654, 655; *Metzger*, GRUR 2001, 210, 213; *Psczolla*, Onlinespielrecht (2008), S. 114 f.; *Zimmeck*, ZGE 1 (2009), 324, 334; *Grübler*, Digitale Güter und Verbraucherschutz (2010), S. 116 ff., 121 f., *Hantschel*, Softwarekauf und -weiterverkauf (2011), S. 299, 314 ff.; *Peifer*, AfP 2013, 89, 93; *Wandtke/Bullinger/Grützmaker*, UrhG, 3. Aufl. (2009), § 69c Rn. 38; *Schricker/Loewenheim*, Urheberrecht, 4. Aufl. (2010), § 69c Rn. 33; *Marly*, Rn. 1595; a.A. *Bräutigam*, CR 2008, 551, 552; vgl. *Zecher*, Zur Umgehung des Erschöpfungsgrundsatzes bei Computerprogrammen (2004), S. 121 ff.; *Redeker*, IT-Recht, 5. Aufl. (2012), Rn 78; *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts, 4. Aufl. (2009), Rn. C 272. OLG Frankfurt, Urt. v. 26.4.1989 – 13 U 54/88, BB 1990, Beilage 24, S. 8, 10, verneint bereits das Eingreifen der Erschöpfung bei einem Lizenzvertrag (vgl. aber Fn. 61). Mit dinglicher Wirkung, also so, dass es zu einem „Aufleben“ der urheberrechtlichen Abwehransprüche gegen jedermann führen würde, kann der Erschöpfungsgrundsatz auch

Einschränkung, auch das Verbot der faktischen Weitergabe (Besitzverschaffung) und der Eigentumsverschaffung. Obwohl es auf den ersten Blick verblüfft, dass die Zulässigkeit schuldrechtlicher Verbote in AGB, die die Übereignung einer Sache betreffen, anders zu beurteilen ist, wenn es sich bei der Sache um eine Werkverkörperung handelt, ist dies sachgerecht: Wirtschaftlich betrachtet geht es dem Erwerber gerade um das unkörperliche Gut, dessen Schutz urheberrechtlichen Regeln folgt, und nicht um die konkrete Verkörperung. Für diese körperlich beschränkte Möglichkeit zum Werkgenuss (dazu ausführlicher unter II.2.c) schützt das Recht die Verkehrsfähigkeit in höherem Maße als für einfache Sachen. Enthält ein Datenträger urheberrechtlich nicht geschützte Inhalte, greift der Erschöpfungsgrundsatz nicht. Dies ist aber nur auf den ersten Blick paradox, da in einem solchen Fall die Möglichkeit zur freien Vervielfältigung besteht.

2. Weiterveräußerung von Daten

Beim Erwerb von Daten, insbesondere im Wege des Downloads über das Internet, erlangt der Erwerber keine Sache und damit auch kein Eigentum. Ob er bei bestehendem urheberrechtlichem Schutz dennoch die Daten weitergeben darf, ist unter dem Stichwort „Online-Erschöpfung“ umstritten, bei der es um eine analoge Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes geht. Zudem kann der Erwerber auch ein einfaches urheberrechtliches Nutzungsrecht nach § 31 I, II UrhG erlangt haben. Dann stellt sich die Frage, ob er dieses weiterübertragen kann.

a) Weitergabe urheberrechtlich geschützter Daten: Erschöpfungsgrundsatz bei unkörperlichem Inverkehrbringen

In seiner Entscheidung *UsedSoft/Oracle*¹⁷ hat sich der EuGH mit der Frage beschäftigt, ob der Erschöpfungsgrundsatz auch dann eingreifen kann, wenn überhaupt kein körperlicher Datenträger veräußert wurde, sondern nur ein unkörperliches Datenpaket. Dies hat er bejaht, wobei er allerdings zentral damit argumentiert hat, dass die auf Software anwendbare Computerprogramm-

nicht durch Individualabrede abbedungen werden – insofern handelt es sich bei der Erschöpfung um zwingendes Recht, OLG München, Urt. v. 14.1.1988 – 29 U 2036/87, NJW-RR 1988, 421, 422; OLG Nürnberg, Urt. v. 20.6.1989 – 3 U 1342/88, NJW 1989, 2634, 2635; *Bartsch*, CR 1987, 8; *Haberstumpf*, GRUR Int. 1992, 715, 722; *Junker*, NJW 1991, 2117, 2121; *Lehmann*, NJW 1993, 1822, 1825; *Stieper*, Rechtfertigung, Rechtsnatur und Disponibilität der Schranken des Urheberrechts (2009), S. 195 ff.; *Schricker/Loewenheim*, § 17 Rn. 61, § 69c Rn. 33. Dies betrifft aber nur die urheberrechtliche Zulässigkeit der Weiterveräußerung, vgl. *Marly*, Rn. 1595. Für die sachenrechtliche Befugnis zur Eigentumsübertragung gilt – bei Werkexemplaren wie bei anderen Sachen auch – § 137 S. 1 BGB, so schon KG (West), Urt. v. 5.9.1950 – 5 U 1398/50, GRUR 1951, 41, 42.

17 EuGH, Urt. v. 3.7.2012, Rs. C-128/11, JZ 2013, 37 – *UsedSoft/Oracle*.

Richtlinie¹⁸ mit einem weiteren Wortlaut („Programmkopie“, Art. 4 II) als *lex specialis* zur Informationsgesellschafts-Richtlinie¹⁹ („Original oder [...] Vervielfältigungsstücke eines Werks“, Art. 4 II) anzusehen sei. Damit bleibt die Frage, ob eine analoge Anwendung auch bei anderen durch Download erworbenen Informationsgütern, wie z. B. E-Books und Audiodateien, zu bejahen ist, offen.²⁰ Bejaht man die analoge Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes, wird man auch in diesen Fällen entgegenstehende Klauseln nach § 307 II Nr. 1 BGB als unwirksam qualifizieren müssen.²¹

b) Weiterübertragung urheberrechtlicher Nutzungsrechte

Der Erschöpfungsgrundsatz betrifft, obwohl dies der EuGH nicht klar trennt,²² nur die Berechtigung zur *faktischen* Weitergabe des Werks (durch Weitergabe der CD bzw. des Datenpakets) und beantwortet nicht die Frage, ob auch das Nutzungsrecht weiterübertragen werden darf.²³ Die Einräumung eines einfachen Nutzungsrechts beim Ersterwerb ist nicht zwingend erforderlich, da dem Erwerber insbesondere mit § 69d I UrhG eine Schranke bzw. gesetzliche Lizenz²⁴ zur

¹⁸ Richtlinie 2009/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 23.4.2009 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, ABl EU Nr. L 111 v. 5.5.2009, S. 16.

¹⁹ Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 22.5.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABl EU Nr. L 167 v. 22.6.2001, S. 10. Erwägungsgrund 29 schließt Dienstleistungen, insbesondere Online-Dienstleistungen, von der Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes aus, vgl. *Heinemann*, Immaterialgüterrecht in der Wettbewerbsordnung (2002), S. 279 f.; *Dreier/Schulze*, UrhG, 4. Aufl. (2013), § 20 Rn. 11 f.

²⁰ Verneinend LG Bielefeld, Urt. v. 5.3.2013 – 4 O 191/11, S. 18 ff.; *Hansen/Libor*, AfP 2012, 447, 450; *Rauer/Ettig*, EWS 2012, 322, 327; v. *Welser*, GRUR-Prax 2012, 326; *Hansen*, GRUR-Prax 2013, 207; *Scholz*, ITRB 2013, 17, 20; bejahend *Hartmann*, GRUR Int. 2012, 980, 982; *Hoeren/Försterling*, MMR 2012, 642, 647; *Schneider/Spindler*, CR 2012, 489, 497; *Grützmaker*, ZGE 5 (2013), 46, 81; *Peifer*, AfP 2013, 89, 90 f.; vgl. *Marly*, EuZW 2012, 654, 655; *Hilty/Köklü/Hafenbrädl*, IIC, 2013, 263, 284 ff.; *Ohly*, JZ 2013, 42, 44. Die vom EuGH behandelte (und verneinte, Rn. 69, 86) Frage der Aufspaltbarkeit von Massenzulizen soll im vorliegenden Aufsatz nicht weiter behandelt werden.

²¹ *Bartsch*, CR 1987, 8, 10 f.; *Hoeren*, CR 2006, 573, 577 f.; *Psczolla*, S. 115; *Grübler*, S. 116 ff., 121 f.; *Peifer*, AfP 2013, 89, 93; vgl. *Sosnitzka*, K&R 2006, 206, 210.

²² Vgl. EuGH, Urt. v. 3.7.2012, Rs. C-128/11, JZ 2013, 37, 41, Rn. 84, 88 – *UsedSoft/Oracle*.

²³ Vgl. *Moritz*, MMR 2008, 601 f.; *Haberstumpf*, CR 2009, 345, 348; *Zimmeck*, ZGE 1 (2009), 324, 336 f.; *Heydn*, MMR 2010, 773, 774; *Wiebe*, in Bently/Suthersanen/Torremans (Hrsg.), Global Copyright (2010), S. 321, 325; *Ohly*, JZ 2013, 42. Demgegenüber wird aber teilweise auch vertreten, dass das Eingreifen der Erschöpfung dazu führt, dass § 34 I UrhG ausgeschlossen ist und ein eingeräumtes einfaches Nutzungsrecht frei weiterübertragen werden kann: *Royla/Gramer*, CR 2005, 154, 155; *Hoeren*, CR 2006, 573, 575; *Sosnitzka*, K&R 2006, 206, 210; *Fromm/Nordemann/Czychowski*, Urheberrecht, 10. Aufl. (2008), § 69c Rn. 24. *Wandtke/Bullinger/Grützmaker*, § 69a Rn. 70, wendet § 34 UrhG wegen des Eingreifens von § 69d I UrhG nicht an.

²⁴ Zur Rechtsnatur des § 69d I UrhG *Lenhard*, Vertragstypologie von Softwareverträgen (2006), S. 75 ff.; *Stieper*, S. 145 ff.; *Hantschel*, S. 38 ff.

Verfügung steht, die ihm urheberrechtlich relevante Handlungen im Rahmen der üblichen Benutzung gestatten (bei unmittelbar wahrnehmbaren Werken wie einem einfachen Buch ist eine solche Schranke mangels urheberrechtlicher Relevanz der Benutzung – also des Lesens – nicht erforderlich). Der EuGH hat darüber hinaus klargestellt, dass diese Regelung auch dem Zweiterwerber zu Gute kommt, der sich auf den Erschöpfungsgrundsatz berufen kann.²⁵

Wurde im Rahmen des Ersterwerbs ein einfaches Nutzungsrecht eingeräumt, ist – unabhängig von der Frage, ob es sich dabei um ein dingliches oder ein schuldrechtliches Recht handelt²⁶ – die Übertragbarkeit dieser rechtlichen Position zu klären. Grundsätzlich kommt eine Übertragung nach §§ 398, 413 BGB in Betracht; § 34 I S. 1 UrhG bestimmt aber, dass die Übertragung nur mit Zustimmung des Urheberrechtsinhabers möglich ist.²⁷ § 34 I S. 2 UrhG ergänzt diese Regelung dadurch, dass der Urheber die Zustimmung nicht wider Treu und Glauben verweigern kann. Grundsätzlich besteht also keine weitere Übertragbarkeit. Durch einen Anspruch auf Zustimmung, wenn der Urheber diese wider Treu und Glauben verweigert, wird die Übertragbarkeit aber doch in eingeschränktem Umfang gewährleistet. Darüber hinaus kann nach § 31 I S. 2 UrhG das Nutzungsrecht bereits inhaltlich beschränkt eingeräumt werden (§ 34 V S. 2 UrhG erlaubt zudem abweichende Vereinbarungen), wozu nach zutreffender Ansicht auch die Einräumung als unübertragbares Recht gezählt wird.²⁸ Eine Einschränkung der Übertragbarkeit ist also nicht nur mit schuldrechtlicher, sondern auch mit dinglicher Wirkung möglich.

Wird eine solche Beschränkung in AGB vereinbart, so stellt sich die Frage, ob aus der Regelung des § 34 I S. 2 UrhG als wesentlicher gesetzlicher Gedanke hergeleitet werden kann, dass die Weiterübertragung nicht von vornherein für jeden Fall verweigert werden darf. Dies wird vom OLG Nürnberg (in einer Ent-

²⁵ EuGH, Urt. v. 3.7.2012, Rs. C-128/11, JZ 2013, 37, 41, Rn. 85, 88 – *UsedSoft/Oracle*.

²⁶ Dazu Dreier/Schulze, UrhG, § 31 Rn. 7 ff.; Schricker/Loewenheim, UrhG, Vor § 28 Rn. 80 ff.

²⁷ Zur Anwendbarkeit des § 34 UrhG auch auf einfache Nutzungsrechte an Software Zecher, S. 110 ff., 124; Royla/Gramer, CR 2005, 154; Hantschel, S. 300 ff.; Wandtke/Bullinger/Wandtke/Grunert, § 34 Rn. 6. Teilweise wird § 34 UrhG aber auch bei Software für unanwendbar gehalten: Salje, FS Lukes (1989), S. 183, 197 ff.; Pres, Gestaltungsformen urheberrechtlicher Software-Lizenzverträge (1994), S. 225; vgl. Grützmacher, CR 2007, 549, 553.

²⁸ Zur dinglichen Wirkung eines Ausschlusses der Übertragbarkeit bei der Einräumung von Nutzungsrechten BGH, Urt. v. 10.7.1986 – I ZR 102/84, GRUR 1987, 37, 39 – *Videolizenzvertrag*; OLG München, Urt. v. 5.4.1984 – 6 U 1679/83, GRUR 1984, 524, 525 – *Nachtblende*; OLG Frankfurt, Urt. v. 9.9.1997 – 11 U 6/97, BeckRS 1997, 12798, Rn. 15 – *Print-Studio; Bräutigam*, CR 2008, 551, 552; Stieper, S. 179 ff.; Dreier/Schulze, § 34 Rn. 52; Schricker/Loewenheim, § 34 Rn. 29. *Haberstumpf*, in: Lehmann, Rn. II 133, 164, lehnt die Anwendung von § 31 I S. 2 UrhG auf Weiterveräußerungsverbote ab. *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 5. Aufl. (2010), Rn. 627, stützt die Möglichkeit eines dinglich wirkenden Ausschlusses der Weiterübertragung auf § 34 V S. 2 UrhG und weist auf die Parallele zu § 399 Fall 2 BGB hin. Auch wenn §§ 31 I S. 2, 34 V S. 2 UrhG gegenüber §§ 399, 413 BGB als speziellere Regelungen anzusehen sind, besteht im Ergebnis derselbe rechtliche Zustand wie bei einer Anwendung des § 399 Fall 2 BGB.

scheidung aus dem Jahre 1989) sowie von einigen Autoren zutreffend bejaht.²⁹ Die Verbindung der grundsätzlichen Unabtretbarkeit in § 34 I S. 1 UrhG mit einem Anspruch auf Zustimmung nach § 34 I S. 2 UrhG, wenn diese nach Treu und Glauben nicht verweigert werden kann, enthält einen Grundgedanken, mit dem Urheberinteressen und Erwerberinteressen an der Verkehrsfähigkeit von Nutzungsrechten ausbalanciert werden. Während § 34 I S. 1 UrhG im Urheberpersönlichkeitsrecht wurzelt, trägt § 34 I S. 2 UrhG gerade der Verkehrsfähigkeit Rechnung. Eine Klausel, die – nach der verbraucherunfreundlichsten Auslegung gem. § 305c II BGB – als unbedingtes Verbot der Weiterübertragung und damit implizit als Ausschluss des Anspruchs auf Zustimmung auszulegen ist, ist deshalb nach § 307 II Nr. 1 BGB unwirksam.³⁰ Die Zulässigkeit entsprechender individualvertraglicher Regelungen ergibt sich aus § 34 V S. 2 UrhG.

Häufig wird allerdings der Veräußernde selbst nicht der Urheber, sondern nur der Inhaber eines ausschließlichen Nutzungsrechts sein (so in der Regel bei Softwareunternehmen, Spieleanbietern oder Online-Buchhändlern). Hier ist § 34 I UrhG unmittelbar nicht anwendbar, vielmehr bleibt es dabei, dass für die Veräußerung wie für jede weitere Übertragung die Zustimmung des Urhebers erforderlich ist.³¹ Dies ändert jedoch nichts daran, dass ein unbedingtes Weiterveräußerungsverbot nach § 307 II Nr. 1 BGB unwirksam ist. Sofern es als (wenn auch nur relativ zugunsten des Veräußerers wirkendes) Verbot, beim Urheber um Zustimmung nachzusuchen, ausgelegt werden kann, verstößt es nämlich auch in einem solchen Fall gegen den Grundgedanken des § 34 I S. 2 UrhG.

c) Beurteilung der Entscheidung UsedSoft/Oracle

Anzumerken bleibt, dass auch grundsätzliche Bedenken gegen die Entscheidung des EuGH bestehen. Der Erschöpfungsgrundsatz basiert wesentlich darauf, dass das einzelne körperliche Werkexemplar, an dem Erschöpfung eintritt, den faktischen Nutzungsbeschränkungen körperlicher Gegenstände – Rivalität, Exklu-

²⁹ OLG Nürnberg, Urt. v. 20.6.1989 – 3 U 1342/88, NJW 1989, 2634, 2635; Köhler/Fritzsche, in: Lehmann, Rn. XIII 60; Zecher, S. 123 ff.; Haberstumpf, CR 2009, 345, 349; Grützmaker, CR 2010, 141, 144; Marly, Rn. 1596; offenlassend („nicht ausgeschlossen“) Hantschel, S. 316 f.; vgl. H. Schmidt, in: Lehmann, Rn. XV 72; Grützmaker, CR 2007, 549, 554; Redeker, Rn 78; Schneider, Rn. C 274; a.A. unter Verweis auf § 34 V 2 UrhG Zimmeck, ZGE 1 (2009), 324, 338. Hansen, GRUR-Prax 2012, 143, betont die Zustimmungsbefähigung als Leitbild, mit der im Gegensatz zur körperlichen Erschöpfung die Entstehung eines Zweitmarkts für Nutzungsrechte verhindert werden solle. Der BGH, Urt. v. 18.2.1982 – I ZR 81/80, GRUR 1984, 45, 52 – *Honorarbedingungen für freie Mitarbeiter*, hat bejaht, dass § 34 I UrhG die Weiterübertragung mit Zustimmung des Urhebers jedenfalls insoweit als wesentlichen Grundgedanken des Urheberrechts enthält, dass nicht durch AGB die Weiterübertragung ohne Zustimmung ermöglicht werden kann; vgl. Fromm/Nordemann/J. B. Nordemann, Urheberrecht, § 34 UrhG Rn. 41 f.

³⁰ Diesen Aspekt hat LG Bielefeld, Urt. v. 5.3.2013 – 4 O 191/11, nicht geprüft.

³¹ Grützmaker, CR 2007, 549, 553.

sivität und Abnutzbarkeit – unterliegt.³² Geht es um das unkörperliche Werk als solches, das diese Eigenschaften nicht aufweist, so schafft erst das Urheberrecht durch die Gewährung von Abwehr- und Ersatzansprüchen Exklusivität. Soweit eine Nutzungsmöglichkeit vom Ausschließlichkeitsrecht des Urhebers umfasst ist, wird sie zum rechtlich exklusiven Gut.

Grundsätzlich kommen als relevante Nutzungshandlungen sowohl die Weiterveräußerung selbst als auch die Benutzung durch den Erwerber in Betracht. Bei Werkverkörperungen, die unmittelbar wahrnehmbar sind, stellt die Weiterveräußerung eine Verbreitung nach § 17 I UrhG dar, während der bloße Werkgenuss durch den Erwerber gerade keine urheberrechtlich relevante Nutzung bedeutet. Er setzt jedoch den Besitz eines Werkexemplars voraus, wodurch die Möglichkeit zur Benutzung automatisch den Beschränkungen dieses Besitzes unterworfen ist. Indem der Erschöpfungsgrundsatz nach § 17 II UrhG die Verbreitung im Zuge der Weiterveräußerung erlaubt, macht er also eine faktisch exklusive (und zudem rivale und abnutzbare) Nutzungsmöglichkeit handelbar.

Nicht unmittelbar wahrnehmbare Werke – und damit alle digitalen Güter, sofern sie urheberrechtlichen Schutz genießen – können nur mit Hilfe einer urheberrechtlich relevanten Vervielfältigung benutzt werden. Bei Software ergibt sich dies bereits aus der Notwendigkeit einer Vervielfältigung im Speicher des zu steuernden Geräts, bei anderen digitalen Werken aber gerade aus der Notwendigkeit, im Rahmen der Benutzung eine unmittelbare Wahrnehmung zu ermöglichen. Dem Benutzer kann dies einerseits durch eine gesetzliche Regelung wie § 69d I UrhG erlaubt werden, andererseits durch Einräumung eines einfachen Nutzungsrechts. Da nicht unmittelbar wahrnehmbare Werke zu ihrer Benutzung eine Vervielfältigung voraussetzen, ist ihre Exklusivität bereits durch die Möglichkeit der leichten Vervielfältigung eingeschränkt. Werden Sie verkörpert als Datenträger in den Verkehr gebracht, unterliegt aber zumindest der jeweilige Datenträger immer noch den Beschränkungen körperlicher Güter. Der Erschöpfungsgrundsatz nach § 17 II UrhG bzw. § 69c Nr. 3 S. 1 UrhG führt also weiterhin dazu, dass eine faktisch (eingeschränkt) exklusive Nutzungsmöglichkeit, die sich aus dem Besitz des Datenträgers ergibt, handelbar gemacht wird. Dies ändert sich erst, wenn jedes körperliche Substrat fehlt und es damit auch keinen faktisch exklusiven Anhaltspunkt mehr dafür gibt, wem eine bestimmte Nutzungsmöglichkeit zugewiesen sein soll.

Der EuGH möchte in dieser Situation die einzelne Nutzungsmöglichkeit durch eine entsprechende Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes handelbar machen.³³ Das Urheberrecht kennt aber bereits ein klassisches Instrument, mit dessen Hilfe einzelne Nutzungsmöglichkeiten als verkehrsfähige Güter aus-

³² Vgl. Zech, S. 117 ff., 339 f.

³³ Treffend *Senfleben*, NJW 2012, 2924, 2926: „Diese Fortentwicklung der Erschöpfungslehre birgt einen bedeutsamen Abstraktionsschritt in sich. Im Grunde geht es nicht länger um die Erschöpfung des Verbreitungsrechts im Hinblick auf ein bestimmtes Werkexemplar. Die

gestaltet werden können, nämlich die Einräumung von einfachen Nutzungsrechten nach § 31 I, II UrhG. Die „Online-Erschöpfung“ ist damit im Kern eine Aufgabe des Lizenzrechts.³⁴ Allerdings sieht das geltende Urheberrecht für die Verkehrsfähigkeit von Nutzungsrechten auch die Einschränkungen des § 34 UrhG vor – die Handelbarkeit von Lizenzen ist de lege lata beschränkt. Statt aber den Erschöpfungsgrundsatz zum Ersatz-Lizenzrecht auszubauen, wäre es de lege ferenda vorzugswürdig, beim bestehenden Lizenzrecht anzusetzen und § 34 I UrhG dahingehend zu ändern, dass einfache Nutzungsrechte, die in Massengeschäften eingeräumt werden, frei übertragbar sind. Als wesentlicher gesetzlicher Grundgedanke wäre dies auch durch Klauselvereinbarungen nicht abdingbar, während abweichende Gestaltungen durch Individualverträge möglich blieben.

Durch die vorgeschlagene Gesetzesänderung würde das einfache Nutzungsrecht zur Vervielfältigung im Rahmen der ordnungsgemäßen Benutzung frei handelbar. Die Verbreitung der Daten im Rahmen der Weiterveräußerung stellt sich demgegenüber jedoch als eigenständige Nutzungsart dar. Hierfür müsste der Anbieter dem Erwerber ein eigenes einfaches Nutzungsrecht einräumen (das bei der Weiterveräußerung mit übertragen wird, um so mehrfache Weiterveräußerungen zu ermöglichen). Denkbar wäre, davon auszugehen, dass die zulässige Übertragung eines einfachen Nutzungsrechts zur Vervielfältigung auch die erforderliche Verbreitung des entsprechenden Werks umfasst, da ansonsten die Übertragung des einfachen Nutzungsrechts leerliefe. Auch ohne eine solche Annahme (oder eine entsprechende gesetzliche Regelung) lässt sich aber bei Rechtsgeschäften mit kaufvertraglichem Charakter die Pflicht zur Einräumung eines einfachen Nutzungsrechts zur Verbreitung im Rahmen der Weiterveräußerung bejahen. Diese folgt aus der typischen Hauptleistungspflicht, eine weiterübertragbare Position zu verschaffen (dazu ausführlich unter III.1).

In der Cloud vereinfacht sich die rechtliche Situation, da hier der Veräußerer das digitale Gut dem Erwerber gar nicht mehr faktisch zur Verfügung stellt, sondern der Erwerber häufig bereits selbst Zugang zu diesem hat (insbesondere bei Software, die vom Anbieter in der jeweils aktuellen Version im Internet zum

Erschöpfungswirkung betrifft vielmehr in abstrakterem Sinn die durch dieses Werkexemplar vermittelte Nutzungsmöglichkeit.“

34 *Haberstumpf*, CR 2012, 561, 566; vgl. *Ohly*, JZ 2013, 42, 44; *Hofmann*, ZGE 5 (2013), 140, 142. Ähnlich argumentieren auch *Hilty*, CR 2012, 625, 636 f.; *ders./Köklü/Hafenbrädl*, IIC, 2013, 263, 274 ff. *Hilty* vertritt bereits bei der Softwareüberlassung eine konsequent lizenzvertragliche Einordnung, vgl. *ders.*, Urheberrecht (2011), Rn. 328 ff., 342. Soweit der Lizenzvertrag auf die Einräumung eines dauerhaften Nutzungsrechts gerichtet ist, weist er schuldrechtlich kaufvertraglichen Charakter auf (bzw. zumindest den Charakter eines einmaligen Austauschverhältnisses). Vor allem im Hinblick auf die Vertragstypologie (dazu unter III.) ergeben sich somit keine Unterschiede zur Einordnung als Kaufvertrag. Entscheidend ist aber, dass Gegenstand der Hauptleistungspflicht nicht die Verschaffung einer Sache, sondern die Verschaffung eines Nutzungsrechts bzw. einer Lizenz darstellt.

Download bereitgestellt wird). Hat er noch keinen Zugang, genügt es für den Veräußerer, ihm einen Anspruch auf Zugangsgewährung gegen den Anbieter zu verschaffen (dazu sogleich unter II.3). Damit ist eine Weiterveräußerung möglich, ohne dass dabei Verwertungsrechte betroffen sind. Für die Benutzung genügt dann faktisch die Zugangsmöglichkeit und rechtlich, sofern die Benutzung nicht ohnehin ohne eine Beeinträchtigung von Verwertungsrechten möglich ist,³⁵ das einfache Nutzungsrecht zur Vervielfältigung im Rahmen der Benutzung.

3. Weiterveräußerung von Zugangsmöglichkeiten: Abtretung von Ansprüchen

Die aktuelle Diskussion um die Reichweite des Erschöpfungsgrundsatzes mutet bereits wieder veraltet an, wenn es um digitale Güter in der Cloud geht, wenn also beim Ersterwerb keinerlei faktische Positionen wie Sachen oder Daten übertragen werden, sondern dem Erwerber nur noch ein Anspruch auf Gewährung von Zugang zur Cloud eingeräumt wird.³⁶ Hier hat das Gesetz eine klare Entscheidung getroffen: Nach § 399 Fall 2 BGB lässt sich die Unabtretbarkeit von Ansprüchen mit dinglicher Wirkung vereinbaren.³⁷ Umstritten ist nur die dogmatische Einordnung des § 399 Fall 2 BGB:³⁸ Nach ganz herrschender Meinung ist er keine Ausnahme zu § 137 S. 1 BGB, sondern führt dazu, dass eine Forderung bereits als nicht veräußerliches Recht entsteht, so dass § 137 S. 1 BGB tatbestandsmäßig gar nicht eingreift. Billigt man dagegen dem § 137 S. 1 BGB den Schutz der Verkehrsfähigkeit als Hauptfunktion zu, lässt sich § 399 Fall 2 BGB als Ausnahme zu diesem Grundsatz begreifen. Teilweise wird dies zusätzlich mit der Argumentation verstärkt, dass § 398 S. 1 BGB die Abtretbarkeit einer Forderung als Regelfall vorsehe.³⁹ Wie beim Verhältnis von § 137 S. 1 BGB und § 137 S. 2 BGB liegt aber auch bei § 398 S. 1 BGB und § 399 Fall 2 BGB kein Regelfall-Ausnahme-Verhältnis vor. Vielmehr bestimmt § 399 BGB ohne weitere Vorausset-

35 Siehe Fn. 8.

36 Vgl. *Senfileben*, NJW 2012, 2924, 2927; *Cook*, in: Bently/Suthersanen/Torremans (wie Fn. 23), S. 354, 365; *Wiebe*, ebd., S. 321, 327. Ob der Nutzer bei urheberrechtlich geschützten Inhalten zudem ein eigenes Nutzungsrecht benötigt (oder auf § 69d I UrhG zurückgreifen muss), hängt von der konkreten Ausgestaltung des Cloud-Angebots ab. Jedenfalls sind Fallkonstellationen denkbar, bei denen seine Benutzungshandlung keine Urheberrechtsverletzung darstellt (mangels relevanter Nutzungshandlung oder wegen Eingreifens von § 44a UrhG), vgl. Fn. 8.

37 Nur bei verbrieften Forderungen, die nach sachenrechtlichen Grundsätzen übertragen werden, wie Inhaberschuldverschreibungen oder kleine Inhaberpapiere nach § 807 BGB, würde ein Ausschluss der Übertragbarkeit dem sachenrechtlichen Grundsatz der Verkehrsfreiheit widersprechen; vgl. *Zech*, NJW 2005, 3389, 3390.

38 Dazu ausführlich *E. Wagner*, Vertragliche Abtretungsverbote im System zivilrechtlicher Verfügungshindernisse (1994), S. 13 ff.; *ders.*, AcP 194 (1994), 451 ff.; *Berger*, S. 237 ff.

39 Vgl. *Berger*, S. 244 ff., mit ausführlicher Begründung, warum § 398 BGB kein Grundsatz der Abtretbarkeit von Forderungen entnommen werden kann.

zungen, in welchen Fällen Forderungen unabtretbar sind, so dass § 398 BGB von vornherein mit diesen Einschränkungen zusammen zu lesen ist.

Die Übertragung von Ansprüchen kann auch mit bloß schuldrechtlicher Wirkung verboten werden; wegen § 399 Fall 2 BGB wird dies aber meistens keine eigenständige Bedeutung haben, da entsprechende Klauseln in der Regel zugleich auch als dinglich wirkende Verbote nach § 399 Fall 2 BGB auszulegen sind.

Ob die Vereinbarung eines Abtretungsverbots in AGB wirksam ist, hängt davon ab, ob man die Verkehrsfähigkeit von Ansprüchen als Grundgedanken des § 398 S. 1 BGB ggf. i. V. m. § 137 S. 1 BGB wertet. Dies wird zum Beispiel für Ansprüche aus Softwareverträgen vertreten.⁴⁰ Der BGH hält dagegen die Vereinbarung von Abtretungsverboten in AGB für grundsätzlich zulässig. Er prüft einen möglichen Verstoß gegen gesetzliche Grundgedanken nicht, sondern stellt nur auf das allgemeine Benachteiligungsverbot ab.⁴¹ Dem BGH ist hier zuzustimmen, da weder § 398 S. 1 BGB, noch § 137 S. 1 BGB die Verkehrsfähigkeit als wesentlicher Grundgedanke zu entnehmen ist. In der Cloud hilft also § 307 II Nr. 1 BGB nicht weiter.

4. Weiterveräußerung von Mitgliedschaften: Übertragung der Vertragsstellung

Aus rechtlicher Sicht lässt sich noch eine weitere Position identifizieren, die möglicherweise weiterübertragen werden soll: Insbesondere bei Computerspielen in der Cloud mit mehreren Mitspielern (Onlinespielen) bedeutet eine Weiterübertragung der „Spielberechtigung“ bzw. des Benutzerkontos nicht nur die Abtretung des Anspruchs auf Zugang, sondern die Übertragung der vollständigen Vertragsstellung.⁴² Will also der Erwerber bzw. ursprüngliche Vertragspartner des Anbieters sämtliche Rechte und Pflichten auf einen neuen Spieler übertragen, handelt es sich um eine Vertragsübernahme, die entweder als Vertrag eigener Art nach § 311 I BGB oder als Kombination einer Abtretung aller Forderungen

⁴⁰ So *Marly*, Rn. 1594.

⁴¹ BGH, Urt. v. 13.7.2006 – VII ZR 51/05, NJW 2006, 3486, 3487; Urt. v. 25.11.1999 – VII ZR 22/99, NJW-RR 2000, 1220, 1221; Urt. v. 11.3.1997 – X ZR 146/94, NJW 1997, 3434, 3435 f.; Urt. v. 9.2.1990 – V ZR 200/88, NJW 1990, 1601, 1602; Urt. v. 15.6.1989 – VII ZR 205/88, NJW 1989, 2750 f.

⁴² BGH, Urt. v. 11.2.2010 – I ZR 178/08, NJW 2010, 2661, 2663 f. – *Half-Life 2*. Kritisch *Gräbig*, MMR-Aktuell 2010, 307861, der im konkreten Fall „der Sache nach“ ein Abtretungsverbot nach § 399 Fall 2 BGB annimmt. Zur Bedeutung für die Übertragung virtueller Güter durch Überlassung des gesamten Spielerkontos *Psczolla*, S. 121; *Diegmann/Kuntz*, NJW 2010, 561, 563; *Berberich*, Virtuelles Eigentum (2010), S. 411; anders *Lober/Weber*, MMR 2005, 653, 659. Einzelne virtuelle Güter sind dagegen als grundsätzlich abtretbare Ansprüche gegen den Spielanbieter zu qualifizieren; *Schrader*, in: *Leible/Sosnitzer* (Hrsg.), *Onlinerecht 2.0* (2011), S. 93, 109, 111; vgl. *Berberich*, S. 408 ff., 412 ff. (ausführlich zu Veräußerungsverboten bei virtuellen Gütern).

Delivered by Ingenta
014.152.21.50 Thu 6 Apr 2010 09:55:20
Copyright: Siebec

nach §§ 398 ff. BGB und einer privaten Schuldübernahme nach §§ 414, 415 S. 1 BGB anzusehen ist. In jedem Fall ist dies bereits von Gesetzes wegen nur mit Zustimmung des Anbieters möglich. Der BGH hat dementsprechend in seiner Entscheidung Half-Life 2 die Übertragung eines Benutzerkontos als Vertragsübernahme eingeordnet.⁴³ Konsequenterweise kommt er zu dem Ergebnis, dass ein in den AGB enthaltenes Verbot, das Benutzerkonto weiter zu übertragen, keinem wesentlichen gesetzlichen Grundgedanken widerspricht, sondern nur die gesetzliche Regelung widerspiegelt. Problematisch ist dieses Urteil nur insofern, als es mit dem Einsatz von Benutzerkonten eine Umgehungsmöglichkeit des Erschöpfungsgrundsatzes eröffnet.⁴⁴ Letzterer kommt aber nur zum Tragen, wenn bereits beim Erwerb das geschützte Werk (das Spiel) – zumindest in unkörperlicher Form – übertragen wurde. Eine Vertragsübernahme liegt jedenfalls nur dort vor, wo tatsächlich ein Dauerschuldverhältnis mit allen Rechten und Pflichten von einem Kunden auf einen anderen übergehen soll (vgl. III.4.).

5. Zwischenergebnis

Als Fazit lässt sich festhalten, dass – sofern nicht das Urheberrecht eingreift – gesetzliche Wertungen nicht geeignet sind, die Verkehrsfähigkeit digitaler Güter im Rahmen der Klauselkontrolle zu schützen.

III. Verkehrsfähigkeit als vertragliches Leitbild

Ein Aspekt, der in der vor allem vom Erschöpfungsgrundsatz dominierten Diskussion derzeit weniger Beachtung findet, ist die Frage, ob die Vereinbarung von Weiterveräußerungsverboten in AGB nicht dem Vertragsleitbild beim Erwerb widerspricht.⁴⁵ Rechnet man die Verschaffung einer weiterveräußerungsfähigen Position als Kardinalpflicht zum schuldrechtlichen Pflichtenprogramm bestimmter Verträge, insbesondere des Kaufvertrags, so kommt eine Unwirksamkeit nach § 307 II Nr. 2 BGB in Betracht. Durch das Weiterveräußerungs-

⁴³ BGH, a. a. O.

⁴⁴ Dazu *Marly*, LMK 2010, 309245 („Aushöhlung des Erschöpfungsgrundsatzes“); *Dietch*, NJ 2012, 281, 283; *Stieper*, ZUM 2012, 668, 670; *Grütz*, ZGE 5 (2013), 46, 78; *Hoeren*, IT-Vertragsrecht, S. 95. Der UsedSoft-Entscheidung des EuGH (Rn. 79: „Zur Lösung dieses Problems ...“, Rn. 87) kann nun entnommen werden, dass technische Schutzmaßnahmen nicht zur Aushebelung des Erschöpfungsgrundsatzes eingesetzt werden dürfen, sondern nur, um sicherzustellen, dass bei einer Weiterveräußerung der Veräußerer keine Kopien zurückbehält, *Stieper*, ZUM 2012, 668, 670; *Grütz*, ZGE 5 (2013), 46, 78 f.; *Peifer*, AfP 2013, 89, 93; vgl. *Marly*, EuZW 2012, 654, 657; *Rath / Maiworm*, WRP 2012, 1051, 1054 f. Eine Pflicht, technische Schutzmaßnahmen nicht zur faktischen Verhinderung der Weiterveräußerung einzusetzen, lässt sich bei einmaligen Austauschverhältnissen aber auch aus der Pflicht zur Verschaffung einer weiterveräußerbaren Position herleiten, s. u. III.1.

⁴⁵ Vgl. *Cichon*, GRUR-Prax 2010, 381.

verbot würden dann wesentliche Rechte und Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so eingeschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.

Bei Verträgen über digitale Güter ist zwischen drei Gruppen von Vertragstypen zu unterscheiden, die bereits aus der Diskussion um die Einordnung von Softwareverträgen bekannt sind.⁴⁶ Dabei soll es nicht um die genaue Einordnung des konkreten – häufig typengemischten – Vertrages gehen, sondern es sollen nur die drei Grundtypen unterschieden werden:⁴⁷ Als erstes sind Verträge über die dauerhafte bzw. endgültige Überlassung eines Gutes zu nennen, die kaufvertraglichen Charakter aufweisen und die als einmaliges Austauschverhältnis einzuordnen sind. Dies kann zum Beispiel ein Sachkauf nach § 433 BGB sein, wenn ein digitales Gut in verkörperter Form erworben wird (CD, DVD), oder ein Kauf sonstiger Güter nach §§ 433, 453 I BGB beim Erwerb per Download. Auch ein Werkvertrag nach § 631 BGB kommt hier in Betracht, sofern nicht nach § 651 S. 1 BGB Kaufrecht Anwendung findet. Dieser Gruppe steht die bloße zeitweise Überlassung körperlicher oder unkörperlicher Güter gegenüber, die mietvertraglichen Charakter (wobei § 535 I BGB seinem Wortlaut nach nur Sachen erfasst) oder pachtvertraglichen Charakter haben kann (allerdings fehlt es meist an der in § 581 I BGB vorgesehenen Fruchtziehungsbefugnis). Dabei handelt es sich um Dauerschuldverhältnisse. Als dritte Gruppe sind Verträge mit Dienstvertragscharakter zu erwähnen, insbesondere Dienstverträge nach § 611 BGB und Dienstverträge als Geschäftsbesorgungsverträge nach § 675 I BGB. Sie sind im Wesentlichen auf das Erbringen einer Dienstleistung gerichtet, die zugleich ein digitales Gut darstellen kann, und ebenfalls als Dauerschuldverhältnisse einzuordnen.

Welche Pflichten als Hauptleistungspflichten der genannten Vertragstypen einzuordnen sind, kann den gesetzlichen Regelungen im Schuldrecht entnommen werden. Zwar hat dieses gerade keinen zwingenden Charakter, kann jedoch als Auslegungshilfe dienen, ob eine nach § 307 II Nr. 2 BGB relevante Pflicht vorliegt, von der in den AGB nicht abgewichen werden darf. Nicht entscheidend ist die Bezeichnung des Vertrags⁴⁸. Vielmehr kommt es darauf an, ob nach dem Gesamtbild der schuldrechtlichen Vereinbarung die dauerhafte und endgültige Überlassung eines Gegenstands im Rahmen eines einmaligen Austauschverhält-

⁴⁶ Zur Einordnung von Softwareüberlassungsverträgen *Köhler/Fritzsche*, in: *Lehmann*, Rn. XIII 12 ff.; *Lenhard*, S. 116 ff.; *Hantschel*, S. 103 ff.; *Hilty/Köklü/Hafenbrädl*, IIC, 2013, 263 ff.; *Marly*, Rn. 609 ff.; *Redeker*, Rn. 523 ff.; jeweils m. w. N. – Zur Einordnung von Software als Sache *Schneider*, Rn. D 510 ff. m. w. N.; kritisch *Bartsch*, CR 2010, 553, 558; *Zech*, S. 331 ff.

⁴⁷ Zur grundlegenden Unterscheidung zwischen endgültiger Überlassung im Rahmen eines einmaligen Austauschverhältnisses und zeitweise Überlassung im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses *Cichon*, GRUR-Prax 2010, 381; *Grübler*, S. 94 ff., 105 ff.; *Schneider/Spindler*, CR 2012, 489, 494; *Hofmann*, ZGE 5 (2013), 140, 141; *Peifer*, AfP 2013, 89; *Schneider*, Rn. J 76 ff.

⁴⁸ So auch LG Bielefeld, Urt. v. 5.3.2013 – 4 O 191/11, S. 12 f.

nisses,⁴⁹ die zeitweise Überlassung eines Gegenstands im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses oder die Erbringung von Dienstleistungen gewollt ist. Die Einordnung von Cloud-Verträgen birgt hier besondere Schwierigkeiten, die unter 3. genauer dargestellt werden. Zunächst sind aber das kaufvertragliche Leitbild bei körperlichen und nichtkörperlichen Gütern (1.) sowie das mietvertragliche Leitbild (2.) zu untersuchen. Abschließend soll auf die Problematik von Verträgen mit mehreren auch untereinander verbundenen Nutzern z. B. bei Multiplayer-Spielen eingegangen werden, bei der die Stellung des Nutzers eher einer Mitgliedschaft entspricht.

1. Kaufvertragliches Leitbild bei endgültiger Überlassung (einmalige Austauschverhältnisse)

Nach § 433 I S. 1 BGB ist der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer Eigentum an der Kaufsache zu verschaffen. Zu den Befugnissen des Eigentümers gehört aber auch die Befugnis, das Eigentum weiter zu übertragen. Diese ist als ein entscheidendes Merkmal des Eigentums als Vermögensrecht, insbesondere in Abgrenzung zu den Persönlichkeitsrechten, anzusehen.⁵⁰ Damit gehört jedenfalls für den Sachkauf die Verschaffung einer weiterübertragbaren Position zum kaufvertraglichen Leitbild.⁵¹ Dieses kaufrechtliche Leitbild wird zutreffend auch auf den dauerhaften Erwerb unkörperlicher digitaler Güter angewandt.⁵² Entsprechend lässt sich für Werkverträge argumentieren, sofern nicht ohnehin nach § 651 S. 1 BGB Kaufrecht zur Anwendung kommt.

Auch der EuGH geht in seinem Urteil *UsedSoft/Oracle* von einem entsprechenden Leitbild des Kaufvertrags aus, wobei er mehrmals von „Eigentum

⁴⁹ Ein endgültiger Austausch von Leistungen liegt auch dann vor, wenn eine zeitweise Überlassung vertragsgemäß länger als die voraussichtliche wirtschaftliche Lebensdauer dauern soll, *Marly*, Rn. 1583. Dies ist bei der Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung zu einem früheren Zeitpunkt nicht der Fall. Einmalige Zahlungen dienen nur als Indiz für einen einmaligen Austauschvertrag, Ratenzahlungen nur als Indiz dagegen.

⁵⁰ EuGH, Urt. v. 3.7.2012, Rs. C-128/11, JZ 2013, 37 – *UsedSoft/Oracle*, Rn. 45, 46.

⁵¹ *Hoeren*, Softwareüberlassung als Sachkauf, Rn. 162 f.; *Haberstumpf*, GRUR Int. 1992, 715, 722; *ders.*, in: *Lehmann*, Rn. II 133; *Lehmann*, NJW 1993, 1822, 1825; *Schuhmacher*, CR 2000, 641, 648; *Koch*, CR 2002, 629, 631; *Zimmeck*, ZGE 1 (2009), 324, 334 f.; *Schneider*, Rn. J 81, 150 f.; ebenso unter Anwendung von § 307 II Nr. 1 BGB *Redeker*, Rn. 79; vgl. *Grützmaker*, CR 2007, 549, 553 f.; *Wandtke/Bullinger/ders.*, § 69c Rn. 38. Nicht zu den Hauptleistungspflichten gehört es aber, dass der vor Erfüllung bestehende Anspruch des Käufers abtretbar ist, BGH, Urt. v. 24.9.1980 – VIII ZR 273/79, NJW 1981, 117, 118 – *Wiederverkäuferklausel*.

⁵² *Haberstumpf*, GRUR Int. 1992, 715, 722; *ders.*, in: *Lehmann*, Rn. II 133; ähnlich *Grübler*, S. 116 ff., 118. A. A. *Jani*, K&R 2012, 297, 299, der als Voraussetzung für einen Rechtskauf annimmt, dass das Recht vollständig übertragbar sein muss. Im Ergebnis bedeutet die Pflicht zur Verschaffung einer weiterübertragbaren Position bei urheberrechtlich geschützten Gütern die Einräumung frei übertragbarer Nutzungsrechte zur Benutzung durch Vervielfältigung und zur Verbreitung im Rahmen der Weiterübertragung, vgl. II.2.c.

an der Kopie des Computerprogramms“ spricht.⁵³ Was nach deutschem Verständnis nur untechnisch gemeint sein kann, da Eigentum nach § 903 BGB nur an Sachen (§ 90 BGB) bestehen kann, dürfte so zu verstehen sein, dass der Verkäufer eigentumsartige und damit weiterübertragbare Rechte verschaffen muss. Der EuGH führt aus:

„Nach einer allgemein anerkannten Definition ist „Verkauf“ eine Vereinbarung, nach der eine Person ihre Eigentumsrechte an einem ihr gehörenden körperlichen oder nichtkörperlichen Gegenstand gegen Zahlung eines Entgelts an eine andere Person abtritt.“⁵⁴

Damit umschreibt der EuGH ein kaufvertragliches Leitbild, das auch beim Erwerb von Software die Verschaffung einer weiterveräußerbaren Position umfasst. Dieses nutzt er dann für eine erweiternde Auslegung des Erschöpfungsgrundsatzes. Problematisch ist, dass die Argumentation des EuGH auch so verstanden werden kann, dass die Übertragbarkeit vom Veräußerer eingeräumter urheberrechtlicher Nutzungsrechte gefordert wird, was jedoch mit geltendem deutschem Urheberrecht (§ 34 I UrhG) nicht vereinbar wäre.⁵⁵ Das Urteil zeigt aber, dass eine Lösung der Weiterübertragungsproblematik über die Vertragstypologie kein deutscher Sonderweg sein muss. Es wäre rechtsvergleichend zu überprüfen, ob das vom EuGH postulierte Leitbild des Kaufs europaweit konsensfähig ist. Dann wäre die Absicherung der Verkehrsfähigkeit über ein entsprechendes Vertragsleitbild auch in anderen Ländern umsetzbar.

Während das traditionelle – auf den Erwerb von Sachen bezogene – Leitbild des Kaufvertrags die Verschaffung einer weiterveräußerbaren rechtlichen Position – des Sacheigentums – umfasst, unterliegt dieses Leitbild bei digitalen Gütern jedoch einem rechtspolitischen Erosionsprozess: Der Vorschlag der Kommission für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht⁵⁶ berücksichtigt zwar digitale Güter als besonderen Vertragsgegenstand. Er trennt aber ausdrücklich zwischen Kaufverträgen (Art. 5 lit. a) und sogenannten *Verträgen über die Bereitstellung digitaler Inhalte* (Art. 5 lit. b). In Art. 91 des Verordnungsentwurfs, der die Hauptverpflichtungen des Verkäufers normiert, wird diese Trennung fortgeführt. Bei Warenlieferungen oder, sofern digitale Inhalte auf einem materiellen Datenträger bereitgestellt werden, gehört nach Art. 91 lit. b des Entwurfs die Pflicht zur Eigentumsverschaffung zu den Hauptleistungspflichten. Eine darüber hinausgehende Hauptleistungspflicht zur Verschaffung weiterveräußerbarer Rechte bei der unkörperlichen Bereitstellung digitaler Inhalte wird gerade nicht normiert. Vielmehr muss der Lieferant digitaler Inhalte nach Art. 91 lit. d nur „sicherstellen, dass der Käufer das Recht hat, die digitalen Inhalte entsprechend

⁵³ EuGH, Urt. v. 3.7.2012, Rs. C-128/11, JZ 2013, 37 – *UsedSoft/Oracle*, Rn. 42.

⁵⁴ EuGH, a. a. O.

⁵⁵ Zum Verhältnis von Erschöpfungsgrundsatz und Übertragbarkeit eingeräumter Nutzungsrechte s. o. Fn. 23.

⁵⁶ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht v. 11.10.2011, KOM(2011) 635.

dem Vertrag zu nutzen“. Ein Weiterveräußerungsverbot stünde damit im Einklang.

Es scheint so, als ob sich unter dem Einfluss der Digitalisierung ein schleicher Wandel des kaufvertraglichen Leitbilds vollzieht, nämlich von der klassischen Besitz- und Eigentumsverschaffung hin zur bloßen Bereitstellung benutzbarer digitaler Inhalte. In dieselbe Richtung geht auch das bereits angesprochene Urteil des LG Bielefeld, wo ein Verstoß gegen § 307 II Nr. 2 BGB verneint wurde, obwohl in den AGB, die das Weiterveräußerungsverbot enthielten, mehrmals der Begriff Kauf verwendet wurde (was nur als Auslegungskriterium heranzuziehen ist) und obwohl der Vertrag (es ging um den Erwerb von Audio-Books und E-Books) auf einen einmaligen Güteraustausch angelegt war.⁵⁷ Das Gericht argumentierte dabei mit dem Hinweis, dass es heute nicht mehr zum Leitbild eines Kaufvertrags gehöre, dass man eine weiterveräußerbare Position erhält.⁵⁸

Damit bewegt sich das Kaufrecht im digitalen Bereich auf das klassische Lizenzvertragsrecht zu. Lizenzen im Urheberrecht oder im Patentrecht sind nach ganz herrschender Meinung wegen des persönlichen Charakters der Lizenzbereitstellung und des Interesses des Lizenzgebers gerade an der Person des Lizenznehmers unübertragbar.⁵⁹ Die Unübertragbarkeit der rechtlichen Position des Lizenznehmers folgt dabei aus § 399 Fall 1 BGB, weil die Abtretung gleichzeitig zu einer Inhaltsänderung zumindest in Form einer wirtschaftlichen Inhaltsänderung führen würde. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Lizenz zeitlich begrenzt oder unbegrenzt eingeräumt wurde. Vorzugswürdig wäre es dagegen, bei einer zeitlich begrenzten oder zumindest ordentlich kündbaren Lizenz einräumung mit dem mietvertraglichen Charakter des schuldrechtlichen Lizenzvertrags zu argumentieren.⁶⁰ Weist ein Lizenzvertrag dagegen kaufrechtliche Züge auf, weil er darauf gerichtet ist, dem Lizenznehmer ein zeitlich unbeschränktes Nutzungsrecht zu verschaffen, so entspricht der Vertrag auch dem kaufrechtlichen Leitbild eines einmaligen Austauschverhältnisses. Damit wäre die Verkehrsfähigkeit bei Massengeschäften sichergestellt. Individualvertraglich ließe sich aber weiterhin eine unübertragbare Position einräumen.

⁵⁷ LG Bielefeld, Urt. v. 5.3.2013 – 4 O 191/11, S. 8 ff.

⁵⁸ LG Bielefeld, a. a. O., S. 9 f.

⁵⁹ *Bartenbach*, Patentlizenz- und Know-how-Vertrag, 7. Aufl. (2013), Rn. 602; *Groß*, Der Lizenzvertrag, 10. Aufl. (2011), Rn. 367, 389.

⁶⁰ Die eingeschränkte Übertragbarkeit zeitlich unbegrenzter urheberrechtlicher Lizenzen, also dauerhaft eingeräumter urheberrechtlicher Nutzungsrechte, ergibt sich aus § 34 I UrhG, der zunächst nur die dingliche Ebene betrifft, über die Klauselkontrolle aber auch die schuldrechtliche Ebene beeinflussen kann.

2. Mietvertragliches Leitbild bei zeitweiser Überlassung

Bei der zeitweisen Überlassung digitaler Güter entspricht die Unübertragbarkeit bereits dem gesetzlich typisierten Leitbild.⁶¹ Beim Mietvertrag ergibt sich die Unabtretbarkeit der Mieterrechte dem BGH zufolge aus § 399 Fall 1 BGB.⁶² In der Regel überwiegt tatsächlich das Interesse des Vermieters an der konkreten Person des Mieters dessen Interesse an einer Abtretung seines Anspruchs auf Überlassung der Mietsache. Da die Mietsache mit Ablauf der Mietzeit wieder an den Vermieter zurückgeht, soll der Mieter mit ihr pfleglich umgehen. Deshalb kann es dem Vermieter nicht gleichgültig sein, wer die Sache benutzt. Als weiteres Argument ist eine Analogie zu § 540 I BGB, dem grundsätzlichen Verbot der Untervermietung, heranzuziehen.⁶³ Nach § 540 I BGB bedarf die Untervermietung der Zustimmung des Vermieters. Wird sie verweigert, hat der Mieter nur ein Kündigungsrecht und nicht – wie etwa im Urheberrecht bei § 34 I S. 2 UrhG – einen Anspruch auf Zustimmung, wenn die Verweigerung wider Treu und Glauben erfolgt.

Das Gleiche gilt für den Pachtvertrag, bei dem sich die Unabtretbarkeit der Pächterrechte mit einer Analogie zu § 589 I Nr. 1 BGB begründen lässt.⁶⁴ Auch bei den bereits erwähnten Lizenzverträgen wird – soweit ersichtlich – einhellig und unabhängig von der rechtlichen Einordnung die Unabtretbarkeit der Rechte des Lizenznehmers angenommen.⁶⁵

Insgesamt entspricht also bei der zeitweisen Überlassung von Gegenständen die Unübertragbarkeit des Überlassungsanspruchs bereits der Natur eines solchen Vertrages. Die Vereinbarung eines Weiterveräußerungsverbots entspricht damit dem vertraglichen Leitbild, so dass – unabhängig von der Frage der Kontrollfähigkeit nach § 307 III S. 1 BGB – jedenfalls keine Unwirksamkeit nach § 307 II Nr. 2 BGB gegeben ist. Dies hat bereits zur Folge, dass es – unabhängig von der Veränderung des kaufrechtlichen Leitbilds – einen Trend gibt, von Verträgen mit kaufvertraglichem Leitbild zu solchen mit mietvertraglichem Leitbild

61 Bei einer bloß zeitweisen Überlassung greift auch der Erschöpfungsgrundsatz nicht ein, da es an einer „Veräußerung“ bzw. einem „Erstverkauf“ fehlt, *Bartsch*, CR 1987, 8, 12; *Hoeren*, Softwareüberlassung als Sachkauf, Rn. 168; *Haberstumpf*, in: *Lehmann*, Rn. II 128, 134; *Lehmann*, NJW 1993, 1822, 1825; *Schricker / Loewenheim*, § 17 Rn. 48, § 69c Rn. 35; *Marly*, Rn. 1597; *Schneider*, Rn. C 272. Der EuGH hat aber in seiner *UsedSoft*-Entscheidung (Rn. 49) zutreffend klargestellt, dass es nicht auf die gewählte Bezeichnung ankommt. Geht es um die endgültige Verschaffung eines digitalen Gutes, ändert auch die Bezeichnung als „Lizenzvertrag“ nichts am Vorliegen einer Veräußerung – ebenso wie auch an der entsprechenden Einordnung im Rahmen des § 307 II Nr. 2 BGB.

62 BGH, Urt. v. 2.7.2003 – XII ZR 34/02, NJW 2003, 2987.

63 *Staudinger / Emmerich*, BGB, Neubearb. (2011), § 540 Rn. 40.

64 Vgl. *Staudinger / v. Jeinsen*, BGB, Neubearb. (2013), § 589 Rn. 13.

65 Vgl. *Bartenbach*, Patentlizenz- und Know-how-Vertrag, 6. Aufl. (2007), Rn. 602; *Groß*, Der Lizenzvertrag, 10. Aufl. (2011), Rn. 367, 389.

überzugehen.⁶⁶ Anbieter digitaler Güter gestalten also von vornherein ihre Verträge mit Kunden so aus, dass die Verträge auf eine nur zeitweise Überlassung angelegt sind. Damit ist die Weiterübertragung schon vom gesetzlichen Leitbild her ausgeschlossen und den Anbietern verbleiben stärkere Kontrollmöglichkeiten. Dieser Trend, der auch mit dem Schlagwort „asset to access“ bezeichnet wird, setzt sich nun unter dem zusätzlichen Einfluss der technischen Entwicklung (stärkere Vernetzung, höhere Bandbreiten, Mobilität der Netzteilnehmer) mit dem Übergang zu Cloud-Angeboten fort.

3. Dienstvertragliches Leitbild

Bei der Bereitstellung digitaler Inhalte in der Cloud ist die vertragstypologische Einordnung weniger einfach als beim Erwerb via Download. Der BGH hat das Application Service Providing (ASP) als Mietvertrag qualifiziert.⁶⁷ Dabei ging er – basierend auf seiner ständigen Rechtsprechung zur Sachnatur von Software⁶⁸ – davon aus, dass auch beim ASP Software in verkörperter Form überlassen wird. Dass die Verkörperung nur beim Anbieter vorhanden ist und auch bei diesem verbleibt, hat er dabei als nicht erheblich eingestuft. Richtigerweise ist aber beim Anbieten von Diensten via Internet – insbesondere von Rechenleistung wie beim ASP – von einem Dienstvertrag auszugehen.⁶⁹

Allerdings trifft dies nicht für alle Cloud-Verträge zu. Denkbar ist auch, dass ein Zugang zu einem bestimmten digitalen Gut (Literatur, Musik etc.) in der Cloud dauerhaft verschafft werden soll. Dann ist an ein einmaliges wirtschaftliches Austauschgeschäft mit kauf- bzw. werkvertraglichem Charakter zu denken (einmaliges Austauschverhältnis mit dauerhafter Zugangsverschaffung). Der Kunde „kauft“ dann einen Anspruch auf Zugang zu einem bestimmten Werk (oder anderer Information) in der Cloud, den er dauerhaft erwirbt. Vergleichbar ist auch die Diskussion um die schuldrechtliche Einordnung von Lizenzverträgen:⁷⁰ Bei einer zeitlich unbegrenzten Lizenz erwirbt der Lizenznehmer ein Lizenzrecht, das zugrundeliegende schuldrechtliche Geschäft ist als Kauf

66 Vgl. Hartmann, GRUR Int. 2012, 980, 985; Marly, EuZW 2012, 654, 657; Hansen, Interview vom 9.4.2013, <http://www.bvdw.org/mybvdw/media/download/bvdw-forum-recht-interview.pdf?file=2680>, zuletzt besucht am 13.8.2013, S. 3; Peifer, AfP 2013, 89, 92.

67 BGH, Urt. v. 15.11.2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 3294, 2394 f. – *Softwareüberlassung im Rahmen eines ASP-Vertrags*.

68 BGH, Urt. v. 22.12.1999 – VIII ZR 299/98, BGHZ 143, 307, 309; Urt. v. 14.7.1993 – ZR VIII ZR 147/92, NJW 1993, 2436, 2437 f.; Urt. v. 18.10.1989 – VIII ZR 325/88, BGHZ 109, 97, 100; Urt. v. 4.11.1987 – VIII ZR 314/86, BGHZ 102, 135, 144; dazu kritisch Zech, S. 331 ff.; vgl. Bartsch, CR 2010, 553 ff.

69 Redeker, Rn 1124 ff., 1131; vgl. Hoeren, IT-Vertragsrecht, S. 300 f.; Hantschel, S. 165 ff, 177 ff.

70 Vgl. Pahlow, Lizenz und Lizenzvertrag im Recht des Geistigen Eigentums (2006), S. 258 ff.; McGuire, Die Lizenz (2012), S. 650 ff. Zum Trennungsprinzip bei Lizenzverträgen Jänich, Geistiges Eigentum – eine Komplementärserscheinung zum Sacheigentum? (2002), S. 265 f.; Haedicke, ZGE 3 (2011), 377, 388 f.; McGuire, S. 290, 314 ff.; Berger, GRUR 2013, 321, 323; Schack,

einzuordnen. Die zeitweise (bzw. unbefristete, aber ordentlich kündbare) Einräumung eines Nutzungsrechts stellt sich dagegen als typischer Lizenzvertrag mit mietvertraglichem Charakter dar. Auf diese Weise ist sichergestellt, dass unabhängig von der konkreten technischen Ausgestaltung – Verschaffung des digitalen Gutes als körperlicher Datenträger, via Download oder als bloße Zugangsmöglichkeit zur Cloud – dasselbe Schuldrecht zur Anwendung kommt.⁷¹

Handelt es sich bei einem Angebot digitaler Güter um ein Rechtsgeschäft mit dienstvertraglichem Charakter, so entspricht die Unübertragbarkeit der rechtlichen Position des Kunden ebenfalls dem Vertragsleitbild. Nach § 613 S. 2 BGB besteht eine gesetzliche Vermutung, dass der Anspruch auf Erbringung der Dienste unabtretbar sein soll.⁷² Dies gilt nach zutreffender herrschender Ansicht auch für Geschäftsbesorgungsverträge mit Dienstcharakter (Dienstverträge, die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand haben, § 675 I BGB), auf die entweder § 613 S. 2 BGB angewandt wird (wofür der Gesetzeswortlaut spricht) oder § 664 II BGB (obwohl die Verweisung auf die Regeln des Auftragsrechts in § 675 I BGB gerade nicht § 664 BGB umfasst).⁷³ Im Zweifel ist also von der Unübertragbarkeit des Anspruchs auf Dienste in der Cloud auszugehen. Anders als bei Miet- und Pachtverträgen gibt es hier nur eine Vermutungsregelung. Dennoch lässt sich zumindest die Vermutung der Unübertragbarkeit als Vertragsleitbild bezeichnen, weswegen Klauseln, die eine Weiterübertragung verbieten, jedenfalls nicht nach § 307 II Nr. 2 BGB unwirksam sind.

4. Mitgliedschaftliches Leitbild

Sofern die Übertragung der rechtlichen Position des Erwerbers nur in Form einer vollständigen Vertragsübernahme möglich ist, entspricht die Unübertragbarkeit bzw. Zustimmungspflichtigkeit der Übertragung dem gesetzlichen Leitbild. Der BGH hat dies in seiner Entscheidung *Half-Life 2* – wie bereits dargestellt – für Benutzerkonten, die zur Freischaltung eines auf einem Datenträger erworbenen Computerspiels erforderlich sind, bejaht. Er hat in derselben Entscheidung aber auch ausgeführt, dass dies zudem dem Zweck des Vertrags zwischen Anbieter und Kunde entspricht:

Rn. 588 ff.; Dreier/Schulze, § 31 Rn. 15 ff.; Fromm/Nordemann/J. B. Nordemann, Vor §§ 31 ff. Rn. 33; Schrickler/Loewenheim, Vor § 28 Rn. 98 ff. jeweils m. w. N.

71 Zur Möglichkeit bzw. Gefahr einer Substitution der Überlassung von Computerprogrammen durch Services *Bisges*, MMR 2012, 574, 578; Hartmann, GRUR Int. 2012, 980, 985; Schneider/Spindler, CR 2012, 489, 497; Stieper, ZUM 2012, 668, 670.

72 Auch § 399 Fall 1 BGB kommt in Betracht, vgl. Staudinger/Busche, Neubearb. (2012), § 399 Rn. 24. Historisch dient die Auslegungsregel des § 613 S. 2 BG aber der Klarstellung, dass dem Dienstverpflichteten nicht gegen seinen Willen ein neuer Dienstberechtigter aufgezwungen werden kann, Staudinger/Richardi/Fischinger, Neubearb. (2011), § 613 Rn. 18.

73 Vorzugswürdig ist die direkte Anwendung des § 613 S. 2 BGB, Staudinger/Martinek, Neubearb. (2006), § 675 Rn. A 52.

„Zweck des [...] Vertragsverhältnisses ist es nicht [...], irgendeiner Person die Teilnahme an dem Spiel zu ermöglichen; vielmehr sollen die Rechte und Pflichten aus dem Vertragsverhältnis allein zwischen den Vertragsparteien begründet werden.“⁷⁴

Sofern es sich also bei der Weiterveräußerung um eine echte Vertragsübernahme handelt, entspricht die Unübertragbarkeit in der Regel auch dem Zweck des zu Grunde liegenden Vertrags. Fraglich ist aber, ob dies wirklich für jeden Vertrag gilt, der die Teilnahme an einem Computerspiel ermöglichen soll. Dies dürfte schon wegen der Gefahr, dass dadurch der Erschöpfungsgrundsatz für Computerspiele umgangen werden kann und in einem wirtschaftlich bedeutenden Bereich leerliefe, zu verneinen sein.⁷⁵ Auch die Komplexität solcher Verträge alleine ist kein hinreichendes Argument, da eine Kombination der dargestellten Komponenten – z. B. dauerhafte Überlassung eines digitalen Guts und Dienstleistungen zur Pflege und Aktualisierung – mittlerweile eher die Regel als die Ausnahme darstellt. Dennoch sind Situationen denkbar, wo es gerade auf die Verbindung von Rechten und Pflichten des Kunden ankommt, die nur in ihrer Gesamtheit übertragen werden sollen. So dürften insbesondere bei sog. Multiplayer-Spielen, die nur in einem Netzwerk mit anderen Kunden gespielt werden können, über die Dienstleistung des Anbieters (Unterhalt des Netzwerks) hinaus auch die Sorgfaltspflichten zum Schutz der Mitspieler besondere Bedeutung haben. Hier ähnelt die Stellung des Kunden bereits einer Mitgliedschaft, deren Erwerb und Übertragung (abhängig von der rechtlichen Qualifikation der Personenmehrheit) Thema des Gesellschaftsrechts ist.⁷⁶

5. Zwischenergebnis

Insgesamt haben wir es also mit einer Schwächung des kaufvertraglichen Leitbildes durch Rechtsprechung und Gesetzgebung zu tun. Durch das Ausweichen auf Vertragsgestaltungen, die dem mietvertraglichen, dienstvertraglichen oder gar mitgliedschaftlichen Leitbild entsprechen, lässt sich die Pflicht zur Verschaffung einer weiterveräußerbaren Position vermeiden. Hinzu kommt, dass auch rechtspolitisch das alte Leitbild des Sachkaufs durch das Leitbild eines Vertrags über die Bereitstellung digitaler Güter ersetzt zu werden droht, in dem keine Hauptleistungspflicht zur Verschaffung weiterveräußerbarer Rechte vorgesehen sind. Hier liegt eine Aufgabe der Rechtsprechung und ein Desiderat an die Gesetzgebung: Durch die Herausbildung von Vertragsleitbildern, die die Verkehrsfähigkeit als Kundeninteresse berücksichtigen, insbesondere für den Kauf bzw. die Bereitstellung digitaler Güter im Rahmen einmaliger Austauschverhältnisse,

⁷⁴ BGH, Urt. v. 11.2.2010 – I ZR 178/08, NJW 2010, 2661, 2664 – *Half-Life 2*.

⁷⁵ So auch die vorherrschende Ansicht unter den Kommentatoren der Entscheidung; vgl. Fn. 44.

⁷⁶ Mitgliedschaftsrechte – zumindest die Verwaltungsrechte – sind nach § 399 Fall 1 BGB unabtretbar, die Mitgliedschaft als solche kann aber übertragbar gestellt werden, Staudinger / *Busche*, § 399 Rn. 25.

ließe sich die Verkehrsfähigkeit digitaler Güter gegen Beschränkungen durch AGB sichern. Voraussetzung dafür ist, dass ein solches Kundeninteresse, das zweifellos besteht, auch rechtspolitisch anerkannt wird. Setzt sich der gegenwärtige Trend jedoch fort, bleibt als (untaugliches) Mittel der Klauselkontrolle zum Schutz der Verkehrsfähigkeit nur noch das allgemeine Benachteiligungsverbot des § 307 I S. 1 BGB.

IV. Unangemessene Benachteiligung

Im Hinblick auf die ständige Rechtsprechung des BGH zu klauselmäßigen Abtretungsverboten ist abschließend zu klären, ob Weiterveräußerungsverbote für digitale Güter den Erwerber entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen, § 307 I S. 1 BGB. Dabei ist von einer typisierenden Betrachtung auszugehen.⁷⁷ Die Frage, ob beim Erwerb digitaler Güter typische Interessen des Kunden durch Weiterveräußerungsverbote so beeinträchtigt werden, dass dieser entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt wird, ist im Wege einer Abwägung mit den Interessen des Verwenders zu beantworten. Zur Wirksamkeit von Abtretungsverboten in AGB besteht eine ständige Rechtsprechung des BGH, auf die unter 1. eingegangen wird. Unter 2. werden dann die Besonderheiten der Interessenabwägung bei digitalen Gütern dargestellt.

1. Interessenabwägung in der bisherigen Rechtsprechung

Der BGH vertritt in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, dass Abtretungsverbote in AGB grundsätzlich zulässig sind.⁷⁸ Der von ihm entwickelten Formel zufolge sind solche Klauseln nur dann unwirksam, wenn entweder gar kein schützenswertes Interesse des Verwenders an dem Abtretungsverbot besteht oder berechtigte Belange des Vertragspartners an der freien Abtretbarkeit die Interessen des Verwenders überwiegen. Als Interesse des Verwenders kommt dabei insbesondere bei Zahlungsansprüchen die Vereinfachung der Vertragsabwicklung in Betracht. Der Verwender soll sich davor schützen können, dass ihm eine Vielzahl ihm unbekannter Gläubiger gegenübersteht. Auch ein Weiterveräußerungsverbot beim Kauf von Neuwagen, das zeitlich eng begrenzt auf den

⁷⁷ Vgl. BGH, Urt. v. 9.2.1990 – V ZR 200/88, NJW 1990, 1601, 1602; Urt. v. 1.7.1987 – VIII ARZ 9/86, NJW 1987, 2575, 2576; Urt. v. 8.1.1986 – VIII ARZ 4/85, NJW 1986, 2102, 2103.

⁷⁸ BGH, Urt. v. 13.7.2006 – VII ZR 51/05, NJW 2006, 3486, 3487; Urt. v. 25.11.1999 – VII ZR 22/99, NJW-RR 2000, 1220, 1221; Urt. v. 11.3.1997 – X ZR 146/94, NJW 1997, 3434, 3435 f.; Urt. v. 7.12.1994 – VIII ZR 153/93, NJW 1995, 665, 666; Urt. v. 9.2.1990 – V ZR 200/88, NJW 1990, 1601, 1602; Urt. v. 15.6.1989 – VII ZR 205/88, NJW 1989, 2750 f. Um Geldforderungen aus Handelsgeschäften als Kreditsicherheiten zu erhalten, wurde 1994 die Regelung des § 354a I HGB eingeführt; vgl. MüKo/Roth, BGB, 6. Aufl. (2012), § 399 Rn. 40.

Delivered by Ingenta
9104.150.211.50 Thursday, April 09, 2015 09:55:20
Copyright Clearance Center

Zeitraum bis zur Erstzulassung die Abtretung des Anspruchs aus § 433 I S. 1 BGB sowie die Weiterüberweisung verbietet, hält der BGH für wirksam.⁷⁹ Grundsätzlich sieht der BGH also die Einschränkung der Verkehrsfreiheit in AGB nicht als interessenwidrig an. Dies erscheint als Ausfluss der Vertragsfreiheit einleuchtend. Fällt jedoch die typisierende Interessenabwägung klar zu Ungunsten des Verwenders aus, insbesondere, wenn er überhaupt kein wirtschaftlich vernünftiges Interesse an einem Weiterveräußerungsverbot hat, ist die Klausel nach § 307 I S. 1 BGB unwirksam.

2. Interessenabwägung bei digitalen Gütern

Die Interessenabwägung bei körperlichen Gütern und Geldforderungen lässt sich nicht ohne Weiteres auf digitale Güter übertragen. Dennoch ist das wichtigste Argument für den Schutz der Verkehrsfähigkeit digitaler Güter, das z. B. auch vom EuGH verwendet wird, die *wirtschaftliche Vergleichbarkeit*.⁸⁰ Ob man ein Buch oder ein E-Book kauft, soll keinen Unterschied machen. In beiden Fällen seien dieselben wirtschaftlichen Interessen gegeben, weswegen der Kunde auch unangemessen benachteiligt würde, wenn er nicht die Möglichkeit zur Weiterveräußerung hat. Auf den ersten Blick erscheint es zunächst einleuchtend, dass es auch in einer Welt, in der körperliche durch unkörperliche Informationsgüter abgelöst werden, Verträge geben soll, die dem alten Sachkauf entsprechen. Es kommt hinzu, dass das vom BGH häufig herangezogene Interesse an einer Vereinfachung der Vertragsabwicklung bei digitalen Massengeschäften nicht greift. Beide Argumente sprechen dafür, Weiterveräußerungsverbote bei digitalen Massengeschäften an § 307 I S. 1 scheitern zu lassen.

Dennoch gibt es auch berechnete Verwenderinteressen: Wichtigstes Argument der Anbieter digitaler Güter in der aktuellen Diskussion ist, dass gerade bei digitalen Gütern die Kontrollmöglichkeiten gegen unberechtigte Nutzung geringer sind als bei körperlichen Gütern.⁸¹ Das hängt mit der mangelnden Exklusivität und Rivalität dieser Güter zusammen. Ein digitales Gut kann beliebig kopiert und vervielfältigt werden, so dass kaum zu kontrollieren ist, ob der Veräußerer nicht dieses Gut zusätzlich bei sich behält oder bei wem es sonst noch ankommt. Diesem Argument ist entgegenzuhalten, dass in Form von technischen Schutzmaßnahmen⁸² (insbesondere die Kopplung der Nutzungsmöglichkeit an ein

⁷⁹ BGH, Urt. v. 24.9.1980 – VIII ZR 273/79, NJW 1981, 117, 118 f. – *Wiederverkäuferklausel*.

⁸⁰ EuGH, Urt. v. 3.7.2012, Rs. C-128/11, JZ 2013, 37 – *UsedSoft/Oracle*, Rn. 61. Zur Interessenlage vgl. *Rigamonti*, GRUR Int. 2009, 14, 19 f.; *Ohly*, JZ 2013, 42, 43 f., einerseits und *Jani*, K&R 2012, 297, 298 f., andererseits.

⁸¹ *Zech*, S. 117 ff.

⁸² EuGH, Urt. v. 3.7.2012, Rs. C-128/11, JZ 2013, 37, 41, Rn. 79 – *UsedSoft/Oracle*; *Marly*, EuZW 2012, 654, 657; *Senftleben*, NJW 2012, 2924, 2926; *Ohly*, JZ 2013, 42, 44. Geht man davon aus, dass bei einmaligen Austauschverhältnissen die Verschaffung einer weiterveräußerbaren Position zu den Hauptleistungspflichten gehört, ist zudem sichergestellt, dass technische Schutz-

Als milderes Mittel, welches das Kundeninteresse und damit die Verkehrsfähigkeit weniger stark einschränkt, wäre vor allem ein eingeschränktes Weiterveräußerungsverbot denkbar, also die Vereinbarung eines Zustimmungserfordernisses.⁸⁵ Der BGH hat in seiner Rechtsprechung zu Abtretungsverboten in AGB festgehalten, dass bei der Vereinbarung eines Zustimmungsvorbehalts (eingeschränktes Abtretungsverbot) ein Anspruch auf Zustimmung besteht, sofern die Verweigerung wider Treu und Glauben erfolgt.⁸⁶ Dies entspricht der Gesetzeslage bei urheberrechtlichen Nutzungsrechten nach § 34 I S. 2 UrhG. Obwohl ein solcher Zustimmungsanspruch zunächst schwerfällig wirkt, kann er als Basis für den Aufbau von Plattformen (insbesondere durch die Anbieter) dienen, welche die Weiterveräußerung von digitalen Gütern ermöglichen.

Insgesamt ist die Interessenabwägung bei weitem nicht so eindeutig, wie man es auf den ersten Blick vermutet. Die Anbieter haben durchaus berechnete Interessen an einem Weiterveräußerungsverbot bei digitalen Gütern. Es kann auch nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass das Interesse der Kunden an einer Weiterveräußerungsmöglichkeit typischerweise die Anbieterinteressen überwiegt. Daher ist eine Unwirksamkeit nach § 307 I S. 1 BGB zu verneinen.

V. Fazit

Die Verkehrsfähigkeit digitaler Güter ist vor allem durch klauselhafte Weiterveräußerungsverbote gefährdet. Außerhalb des Urheberrechts gibt es keine gesetzlichen Leitbilder, die eine Klauselkontrolle nach § 307 II Nr. 1 ermöglichen würden. Dagegen kann durch die Herausbildung entsprechender Vertragsleitbilder – durch Judikative oder Legislative – eine wirksame Kontrolle solcher Klauseln nach § 307 II Nr. 2 BGB ermöglicht werden.⁸⁷ Dabei ist nicht ohne Weiteres von einer wirtschaftlichen Vergleichbarkeit mit Rechtsgeschäften über Sachen auszugehen, sondern den Besonderheiten digitaler Güter (fehlende Exklusivität, Rivalität und Abnutzung) Rechnung zu tragen.

Summary

Whether digital goods can be freely resold and whether such a possibility can be restricted by contract is subject to current legal debates. The discussion in Europe focuses on copyright law, especially on the question whether the principle of exhaustion (first sale doctrine) can be applied to the sale of intangible goods. In contrast, contract law (and the law of obliga-

⁸⁵ Schneider, Rn. C 275.

⁸⁶ BGH Urt. v. 25.11.1999 – VII ZR 22/99, NJW-RR 2000, 1220, 1221; Urt. v. 7.12.1994 – VIII ZR 153/93, NJW 1995, 665, 666.

⁸⁷ Zur Bedeutung des § 307 II Nr. 2 BGB bei modernen Vertragstypen vgl. v. Westphalen, NJW 2002, 12, 18 f.

tions in general) is often neglected. However, recent court decisions in Germany show that contract law can be very efficient in ensuring the fungibility of digital goods. Limitations on the reselling of digital goods can be effectively controlled, if they are stipulated in general terms and conditions. § 307 II BGB (German Civil Code) renders such clauses invalid if they conflict with the essential ideas of applicable statutory rules (even if the rules are not mandatory) or with the primary contractual obligations. It is submitted that a sales contract comprises the obligation to deliver a resaleable position as a main obligation. Therefore this obligation cannot be waived in general terms and conditions.