

b) Verwertungsverfahren

Um das Vermögen hinter Bitcoin i.R.d. Insolvenz verwertbar zu machen, muss der Insolvenzverwalter nach Übergang des Verwaltungs- und Verfügungsrechts (§ 80 InsO) zunächst die gesamte Insolvenzmasse in Besitz und Verwaltung nehmen, § 148 Abs. 1 InsO.⁴¹ Anschließend erstellt er ein Verzeichnis der Massegegenstände nach § 151 Abs. 1 Satz 1 InsO, indem er den Wert ermittelt oder durch einen Sachverständigen ermitteln lässt. Dieses Verzeichnis ist auch später Grundlage für die Vermögensübersicht nach § 153 InsO, in der Vermögen und Verbindlichkeiten des Insolvenzschuldners gegenübergestellt werden. Nach dem Berichtstermin beginnt unverzüglich die Verwertung in Form der Veräußerung⁴² der Insolvenzmasse durch den Insolvenzverwalter, § 159 InsO. Die Art und Weise der Verwertung steht im Ermessen des Insolvenzverwalters, wobei grundsätzlich der freihändige Verkauf oder eine Versteigerung zur Auswahl stehen.⁴³ Der Insolvenzverwalter muss jedoch nach pflichtgemäßem Ermessen die günstigste und effizienteste Verwertungsart wählen.⁴⁴ Bei Bitcoin verspricht der freihändige Verkauf⁴⁵ den besten Verwertungserlös, da eine Versteigerung auf Grund des Bitcoin-Marktpreises sehr wahrscheinlich einen Verwertungserlös unterhalb des Marktpreises⁴⁶ erwarten lässt. Hierfür kann der Insolvenzverwalter die vorhandenen Bitcoin auf einem Online-Handelsplatz zum aktuellen Marktpreis anbieten. Zur Abwicklung eines erfolgreichen Handels müsste der Insolvenzverwalter anhand des Client das angebotene Bitcoin-Vermögen an den Käufer übermitteln.

Um dieses technische Verfahren zu vermeiden, könnte der Insolvenzverwalter das Bitcoin-Vermögen auch anderweitig, z.B. in Form einer Zeitungsannonce, freihändig anbieten. Hierzu müssten die privaten Schlüssel entweder auf einem Datenträger (CD-ROM, USB-Stick, Speicherkarte etc.) oder in ausgedruckter Form (sog. Paperwallet) körperlich übergeben werden. Für beide Verfahren benötigt der Insolvenzverwalter jedoch das persönliche Client-Passwort des Insolvenzschuldners, welches er über die Auskunftspflicht des Schuldners nach § 97 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 InsO erfährt. Weigert sich der Schuldner, das Passwort zu offenbaren, so kann dieser zwangsweise bei Gericht vorgeführt und nach Anhörung in Haft genommen werden, § 98 Abs. 2 InsO.

III. Schlussbetrachtung

Vermögen kann sich hinter Tulpen wie auch hinter rechtlich kaum erfassbaren Bitcoin-Einheiten verbergen. Obwohl Bitcoin materiell-rechtlich nur in engen Grenzen einzuordnen ist, erscheint im Hinblick auf die prozessuale Vollstreckung von Bitcoin-Vermögen einiges klarer. Für die Einzelvollstreckung nach der ZPO zeigt sich, dass grundsätzlich die Möglichkeit besteht,

Bitcoin zwangsweise zu erwirken. Dieser Weg ist jedoch mit diversen Hürden verbunden (Nachvollziehbarkeit der Technik durch das Gericht, richtige Antragstellung, Kooperation des Schuldners etc.) und führt im Zweifel zum Ersatz des Interesses, also Geldersatz. Hinsichtlich der Gesamtvollstreckung nach der InsO hat der Gläubiger in der Regel keine Wahl, ob er Geld oder Bitcoin begehrt. Grund hierfür ist die Systematik des Insolvenzverfahrens, welches das gesamte Vermögen des Schuldners als Maßstab heranzieht, § 35 InsO. Somit lässt sich Bitcoin aber auch ohne weiteres in das Insolvenzgefüge einordnen, da Bitcoin unzweifelhaft einen Vermögenswert aufweist. Der Umstand, dass Bitcoin weder relative noch absolute Rechte nach sich zieht, gewinnt in der InsO Bedeutung, da das Bitcoin-Vermögen somit grundsätzlich der Insolvenzmasse zuzuordnen ist. Die Ordnungsaufgabe der InsO, einen gleichmäßigen Ausgleich zwischen allen Gläubigern und dem Schuldner zu ermöglichen, kommt dadurch besonders zum Tragen, weil eine weitgehende⁴⁷ Befriedigung aller Gläubiger gewährleistet wird.

Es kann festgestellt werden, dass zwar das materielle Recht bezüglich Bitcoin als Immaterialgut an seine Grenzen stößt. Gleichwohl ist damit prozessual keine Behinderung verbunden, weil Bitcoin nach ZPO und InsO zwangsweise durchsetzbar bleibt.



Merih Erdem Kütük
ist Syndikusanwalt und Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg.



Prof. Dr. Christoph Sorge
ist Lehrstuhlinhaber der juris-Stiftungsprofessur für Rechtsinformatik an der Universität des Saarlandes.

41 Inwiefern eine Hinterlegbarkeit von Bitcoin nach § 149 Abs. 1 InsO möglich ist, hängt maßgeblich vom Begriff der Kostbarkeiten ab und ist strittig.

42 Andres, in: Andres/Leithaus (o. FuBn. 35), § 159 InsO Rdnr. 2.

43 Andres (o. FuBn. 42), § 159 InsO Rdnr. 13; Esser, in: Braun (o. FuBn. 35), § 159 InsO Rdnr. 4; Görg, in: MüKInsO (o. FuBn. 33), § 159 InsO Rdnr. 9.

44 Andres (o. FuBn. 42), § 159 InsO Rdnr. 13; BGH NJW-RR 2006, 1273, 1274; Esser (o. FuBn. 43), § 159 InsO Rdnr. 3.

45 Görg/Janssen, in: MüKInsO (o. FuBn. 33), § 159 InsO Rdnr. 9 f.

46 Hinsichtlich unbeweglicher Massegegenstände Görg/Janssen (o. FuBn. 45), § 159 InsO Rdnr. 11.

47 Bereits zu Beginn des Insolvenzverfahrens ist offenkundig, dass eine vollständige Befriedigung aller Gläubiger nicht möglich ist, sodass die Insolvenzmasse mit dem Begriff des Vermögens die größtmögliche Definition von Werten des Schuldners als Maßstab heranzieht.

THOMAS HOEREN / SEBASTIAN JAKOPP

Der Erschöpfungsgrundsatz im digitalen Umfeld

Notwendigkeit eines binnenmarktkonformen Verständnisses

Immaterialgüterrecht

Der Erschöpfungsgrundsatz im Urheberrecht ist eine Thematik, die in Anbetracht der Besonderheiten der IT-Branche in den letzten Jahren eine Renaissance erlebt. Nachdem der EuGH in seinem UsedSoft-Urteil aus dem Jahre 2012 die Anwendbarkeit dieses Prinzips auf den Software-Gebrauchthandel bejaht und damit die in dieser Hinsicht schwelende Kontroverse in Rechtsprechung und Literatur zu einem erfreulichen Ergebnis

geführt hat, musste sich zuletzt das OLG Hamm (MMR 2014, 689 – in diesem Heft) mit der Anwendbarkeit des Erschöpfungsgrundsatzes auf digitale Hörbücher befassen.

Die Schlussfolgerungen des Senats sind in Anbetracht der vom EuGH verfolgten Ansätze überraschend und dogmatisch zweifelhaft. Insbesondere führen sie zu Ergebnissen, die mit dem Binnenmarktziel innerhalb der EU nicht zu vereinbaren sind.

I. Einleitung

Die deutschen Gerichte scheinen den urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatz nicht zu mögen. Schon in Sachen *UsedSoft* taten sie sich schwer, diesen Grundsatz auf den Software-Gebrauchthandel zumindest rechtsgedanklich anzuwenden.¹ Es bedurfte letztlich der vielbesprochenen Entscheidung des *EuGH* in Sachen *UsedSoft*,² um die damalige Münchner Rechtsprechung zu durchbrechen und eine Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes im Bereich des Software-Gebrauchthandels zu etablieren.³

Nun hatte sich der 22. *Zivilsenat des OLG Hamm*⁴ mit dem ebenso wichtigen Parallelproblem der Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes auf „andere digitale Güter“ auseinanderzusetzen, in diesem speziellen Fall auf digitale Hörbücher. Die Essenz des Urteils, nämlich dass der Erschöpfungsgrundsatz in diesem Zusammenhang nicht anwendbar sein soll, ist jedoch i.E. ein schwerwiegendes Hemmnis für den europäischen Binnenmarkt.

Ausgangspunkt für den Rechtsstreit ist die im Tatbestand des Urteils zitierte Klausel der AGB der Beklagten, in der dem Kunden sinngemäß der Weiterverkauf und die dafür notwendige Anfertigung einer Kopie eines digitalen, durch Download gegen Bezahlung erworbenen Hörbuchs untersagt werden.

II. Sinn und Zweck des Erschöpfungsgrundsatzes

Das *OLG Hamm* schließt i.E. die Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes auf aus dem Internet heruntergeladene Audio-Dateien bzw. Hörbücher mit der Begründung aus, dass in dieser Fallkonstellation § 19a UrhG und nicht §§ 17 Abs. 2 UrhG, 69c Nr. 3 Satz 2 UrhG einschlägig seien; § 19a UrhG kenne jedoch gewollt keine Erschöpfungswirkung.

Diese Lösung führt zu einem wirtschaftlich paradoxen Ergebnis, das wie folgt veranschaulicht werden kann: Man gehe in eine Bücherei und kaufe ein Buch. Der Erschöpfungsgrundsatz gem. § 17 Abs. 2 UrhG bewirkt, dass der Käufer das so erworbene Buch später weiterveräußern darf, denn der Urheber kann nicht mehr über die Weiterverbreitung des Werks bestimmen. Man gehe nun in einen Online-Store und kaufe dasselbe literarische Werk als digitales Hörbuch. Nach Ansicht des *OLG Hamm* soll der Erschöpfungsgrundsatz keine Geltung finden; das Hörbuch könne also in der Folge nicht weiterveräußert werden.⁵

Dieses Ergebnis kollidiert in erheblichem Maße mit den Bestrebungen der Schaffung eines funktionierenden Binnenmarkts, insbesondere auch eines digitalen Binnenmarkts.

Dabei ist die Wirkungsweise des Erschöpfungsgrundsatzes im Urheberrecht ein elementarer Bestandteil der Funktionsfähigkeit des digitalen Binnenmarkts. Insbesondere der *EuGH* ist zuletzt noch einmal deutlich auf diese Wirkungsweise im Fall *UsedSoft* eingegangen: Die Einschränkungen der Verbreitung sollen auf das zum Schutz des dem spezifischen Werk immanenten geistigen Eigentums Wesentliche reduziert werden, um so die Abschottung nachgelagerter Märkte zu verhindern.⁶ Durch die Veräußerung eines bestimmten Werks hatte der Urheber nämlich die Möglichkeit, sein Werk zu versilbern.⁷ Der Urheber soll jedoch nicht in die Lage versetzt werden, den Weitervertrieb auf nachgelagerten Märkten zu kontrollieren oder gar abzuschotten.⁸

Diese Wertungen sind von enormer Bedeutung für die Beurteilung von Sachverhalten mit der Nähe zum Erschöpfungsgrundsatz. Denn dieser ist über seine gesetzliche Normierung hinaus sowohl im europäischen als auch im deutschen Recht als allgemeiner Grundsatz anerkannt.⁹

III. Analoge Anwendung

Gewiss steht über allem die missliche Situation, dass sowohl die §§ 17 Abs. 2, 69c Nr. 3 Satz 2 UrhG als auch die RL 2001/29/EG die Erschöpfung der Verbreitung ausschließlich hinsichtlich verkörperter Werke regeln. Insofern mag man dem *OLG Hamm* auch nicht widersprechen, wenn es eine direkte Anwendung dieser Normen auf den vorliegenden Sachverhalt ausschließt.

Leider lehnt das *OLG Hamm* aber auch die analoge Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes in der Streitgegenständlichen Konstellation ab. Dabei ist eine analoge – oder besser gesagt: eine rechtsgedankliche – Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes nicht nur in wirtschaftlicher Hinsicht, sondern auch in Einklang mit den Zielen der Europäischen Union geboten.¹⁰

1. Keine Ausschließlichkeit von § 19a UrhG

Der *Senat* geht zunächst davon aus, dass der vorliegende Fall ausschließlich unter den § 19a UrhG zu subsumieren sei. Die Richter begründen diese Annahme damit, dass der europäische Gesetzgeber durch die Kodifizierung des Vervielfältigungsrechts, des Verbreitungsrechts und des Rechts der öffentlichen Wiedergabe in den Art. 2, 4 und 3 RL 2001/29/EG eine klare Differenzierung schaffen wollte; unter Bezugnahme auf die Gesetzesbegründung des *Bundestags*¹¹ kommt der *Senat* zu dem Schluss, dass im Hinblick auf Online-Sachverhalte jede unkörperliche Weitergabe kompletter Mediendateien ausschließlich unter § 19a UrhG falle.

An dieser Argumentation bestehen erhebliche Zweifel. Zunächst bieten weder die Erwägungsgründe der RL 2001/29/EG noch die Regierungsbegründung zu § 19a UrhG substantiierten Anlass zur Annahme einer solchen Ausschließlichkeit. Auch ein Blick auf den WCT-Vertrag vermag keine entsprechenden Nachweise aufzuzeigen.

Des Weiteren übersieht das *OLG Hamm* im Zuge seiner durchweg ablehnenden Haltung gegenüber einer Übertragung der *UsedSoft*-Rechtsprechung auf den vorliegenden Fall die Tatsache, dass nach Ansicht des *EuGH* der Anwendungsbereich des Art. 3 der RL 2001/29/EG in denjenigen des Art. 4 Abs. 2 der RL 2001/29/EG übergehen kann.¹²

Dieser Ansatz des *EuGH* ist auch logisch nachvollziehbar, denn die Schutzrichtung des § 19a UrhG ist eine andere als diejenige der §§ 17 Abs. 2, 69c Abs. 3 Nr. 2 UrhG: § 19a UrhG manifestiert in Anlehnung an Art. 3 Abs. 2 der RL 2001/29/EG ein Urheberrecht, das den frühzeitigen Schutz des Urhebers gewährleisten soll.¹³

¹ Vgl. *LG München I* MMR 2007, 328; *OLG München* MMR 2008, 601 m. Anm. Moritz.

² *EuGH* MMR 2012, 586 m. Anm. Heydn.

³ Nachfolgend *BGH* MMR 2014, 232 m. Anm. Heydn.

⁴ *OLG Hamm* MMR 2014, 689 – in diesem Heft.

⁵ Vgl. Hoeren, MMR 2000, 517; Dreier, ZUM 2002, 32; so auch Redeker, CR 2014, 74.

⁶ *EuGH* (o. FuBn. 2), Rdnr. 62; ebenso *BGH* GRUR 2001, 53.

⁷ Schulze, in: Dreier/Schulze, UrhG, 4. Aufl. 2013, § 17 UrhG Rdnr. 25.

⁸ *EuGH* (o. FuBn. 2), Rdnr. 62.

⁹ So spricht Generalanwalt Bot von der „Lehre von der gemeinschaftsweiten Erschöpfung“, BeckRS 2012, 81372, Rdnr. 46; vgl. im deutschen Recht mit interessanten rechtshistorischen Fakten *BGH* NJW-RR 1986, 1183; von einer „allgemeinen Rechtsregel“ sprechend *BGH* NJW 1981, 1043; vgl. zum Patentrecht, wo der Erschöpfungsgrundsatz weiterhin nicht kodifiziert, aber allgemein anerkannt ist, *BGH* GRUR 2001, 224; Huppertz, CR 2006, 150.

¹⁰ So i.E. auch Hilty, CR 2012, 635.

¹¹ BT-Drs. 15/38, S. 15.

¹² *EuGH* (o. FuBn. 2), Rdnr. 52.

¹³ Vgl. auch BT-Drs. (o. FuBn. 11), S. 17.

Der Akt der öffentlichen Zugänglichmachung ist in dem Moment vollzogen, in dem der Öffentlichkeit der Zugriff auf das betroffene geschützte Werk eröffnet wird.¹⁴ Zwar inkludiert § 19a UrhG nach h.M. auch die Online-Übertragung des entsprechenden Werks;¹⁵ dadurch wird aber nicht ausgeschlossen, dass auch das Verbreitungsrecht an dem individuellen Werk betroffen sein kann.¹⁶ Offensichtlich beabsichtigt das UrhG nämlich den Schutz des Urhebers und seiner verwertungsrechtlichen Interessen.¹⁷

Ein wichtiger Teilaspekt dieses Schutzes wird in Erwägungsgrund 10 der RL 2001/29/EG angesprochen und liegt danach in der angemessenen Vergütung der Urheber. Würde sich das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung mit der Online-Übermittlung erschöpfen, so könnte der Erwerber seinerseits das Werk i.S.v. § 19a UrhG öffentlich zugänglich machen. Dies wiederum bedeutete, dass ein Schneeballsystem der öffentlichen Zugänglichmachung durch die jeweiligen Neuerwerber entstünde und die Erlösinteressen des Urhebers faktisch ausgehebelt würden.

Hingegen bezieht sich die Erschöpfung des Verbreitungsrechts gem. § 17 Abs. 2 UrhG nur auf ein individuelles Werk. Da der Urheber in der Regel für dieses Werk entlohnt wurde, soll sein Verbreitungsrecht im Hinblick auf einen funktionierenden Binnenmarkt beschränkt werden, sodass dieses konkrete Werk weiterverbreitet werden kann.

Die Zielrichtung des § 19a UrhG ist also i.E. eine andere als diejenige des § 17 Abs. 2 UrhG, woraus sich auch folgern lässt, dass beide Normen nebeneinander existieren können und nicht in einem Exklusivitätsverhältnis stehen.¹⁸

2. Voraussetzungen der Analogie

Doch selbst wenn das *OLG* an dieser Stelle diese systematische Unterscheidung erkannt hätte, so hätte dies wohl nichts daran geändert, dass es dennoch zu keiner rechtsgedanklichen Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes gekommen wäre, denn es verneint die Voraussetzungen für eine Analogie sowie die Übertragbarkeit der *UsedSoft*-Rechtsprechung.

a) Planwidrige Regelungslücke

Offensichtlich liegt hier jedoch eine Gesetzeslücke vor, die weder der deutsche noch der europäische Gesetzgeber bislang geschlossen haben.¹⁹ Insbesondere fragwürdig ist die Argumentation des *OLG*, eine analoge Anwendung der Normen scheidet auf Grund der Tatsache aus, dass dem *Bundestag* noch im Jahr 2013 ein Gesetzesentwurf zugeleitet worden war, welcher schließlich in der 2. Beratung abgelehnt wurde.²⁰ Daraus sollte sich einzig der Schluss ableiten lassen, dass der Gesetzgeber keinen Handlungsbedarf bezüglich der in Rede stehenden Problematik gesehen habe.

Diese Argumentation ist äußerst idealistisch, wird man doch sicherlich auch andere Vermutungen anbringen können, warum gerade der Gesetzesentwurf der Partei *Die Linke* letztlich abgelehnt wurde. I.Ü. ändert dies auch nichts an der Tatsache, dass eine planwidrige Regelungslücke auch dann gegeben sein kann, wenn der Gesetzgeber sie bewusst nicht geschlossen hat, um sie der Rechtsfortbildung zu überlassen.

b) Wirtschaftliche Vergleichbarkeit und Anwendbarkeit der *UsedSoft*-Rechtsprechung

Überdies sollte schon das o.g. Beispiel Grund genug sein, die wirtschaftliche Vergleichbarkeit zu bejahen und daraus eine Analogie abzuleiten. Diese wirtschaftliche Vergleichbarkeit hatte letztlich auch der *EuGH* zum Anlass genommen, die körperliche und die nichtkörperliche Übertragung eines Computerprogramms gleichzustellen.²¹

Das *OLG Hamm* lehnt unterdessen die Übertragung der *UsedSoft*-Rechtsprechung auf die vorliegende Konstellation aus zwei wesentlichen Gesichtspunkten ab: Zum einen macht es geltend, dass es im Hinblick auf ein digitales Hörbuch an einer eigentumsfähigen Sache mangle und der Erwerber somit schon keine eigentümerähnliche Stellung an der Multimedia-Datei erhalte. Zum anderen stellt es auf die Spezifität von Computerprogrammen ab und leitet daraus ab, dass die *UsedSoft*-Erwägungen keine Anwendung auf digitale Hörbücher finden könnten.²²

Diese Sicht der Dinge erscheint zu kurz gegriffen, denn der *EuGH* hat sich in *UsedSoft* umfassend mit dem o.g. Telos des Erschöpfungsgrundsatzes auseinandergesetzt und das Urteil anhand dessen ausgerichtet. In diesem Zusammenhang erscheint es sachgerecht, die Erwägungen des *EuGH* auch auf den vorliegenden Fall anzuwenden, denn diese sind im Hinblick auf das Binnenmarktziel durchaus verallgemeinerungsfähig und kollidieren nicht mit den Intentionen des europäischen Gesetzgebers.²³ Denn allgemein sind die Grenzen zwischen Software (dann Erschöpfung möglich) und Nicht-Software (dann keine Erschöpfung möglich) nicht so einfach zu ziehen. Computerspiele beinhalten immer Software, auch beim Vertrieb von eBooks wird Software mitgeliefert. Warum sollte der allgemeine Grundsatz der Erschöpfung wirtschaftlich nur für Software gelten und für andere digitale Produkte nicht? Die insoweit darlegungspflichtigen Gegner einer allgemeinen Online-Erschöpfung bleiben eine ökonomische Begründung bislang schuldig.

Bei einer sauberen Herangehensweise hätte sich das *OLG* zunächst mit der Definition des Begriffs „Verkauf“ in der *EuGH*-Entscheidung zu *UsedSoft* auseinandersetzen müssen, denn auch in Art. 4 Abs. 2 RL 2001/29/EG ist von einem Verkauf die Rede. Trotz der Tatsache, dass sich die *UsedSoft*-Entscheidung mit dem speziellen Fall der Computerprogramme auseinandersetzte, muss diese Definition auch im Rahmen anders gelagerter, urheberrechtlich relevanter Fallgestaltungen Anwendung finden. So hat der *EuGH* nämlich an anderer Stelle klargestellt, dass in Anbetracht der Einheit und Kohärenz der Unionsrechtsordnung die in den Richtlinien verwendeten Begriffe dieselbe Bedeutung haben müssen, soweit der europäische Gesetzgeber nicht eine andere Bedeutung des jeweiligen Begriffs intendiert hat.²⁴

Wenn man also bedenkt, dass die RL 2001/29/EG und die RL 2009/24/EG (ehemals 91/250/EG) gem. Erwägungsgrund 20 der RL 2001/29/EG derselben Schutzrichtung zuzuordnen sind, so müssen insbesondere die Begrifflichkeiten in diesen Richtlinien einheitlich verstanden werden.

In der *UsedSoft*-Entscheidung des *EuGH* heißt es, dass ein Verkauf eine Vereinbarung ist, nach der eine Person ihre Eigentumsrechte an einem ihr gehörenden körperlichen oder nichtkörper-

¹⁴ Vgl. nur *BGH* MMR 2011, 545.

¹⁵ Vgl. insoweit *Dreier*, in: *Dreier/Schulze* (o. FuBn. 7), § 19a Rdnr. 1, m.w.Nw.

¹⁶ *Dreier* (o. FuBn. 15), § 19a Rdnr. 11; v. *Ungern-Sternberg*, in: *Schricker/Loewenheim*, Urheberrecht, 4. Aufl. 2010, § 19a Rdnr. 6.

¹⁷ *Dreier* (o. FuBn. 15), Einleitung Rdnr. 1.

¹⁸ So i.E. auch *Dreier* (o. FuBn. 15), § 19a Rdnr. 11; *Kubach*, CR 2013, 283; *Marly*, Praxishdb. Softwarerecht, 6. Aufl. 2014, Rdnr. 196 f.; *Redeker* (o. FuBn. 5), S. 76 f.

¹⁹ *Dreier*, ZUM 2002, FuBn. 32; *Hoeren*, CR 2006, 573; *Sosnitza*, K&R 2014, 207 f.; *Terhaag/Telle*, K&R 2013, 552.

²⁰ BT-Drs. 17/13943.

²¹ *EuGH* (o. FuBn. 2), Rdnr. 61.

²² So schon vorinstanzlich *LG Bielefeld* GRUR-RR 2013, 281; *Biehler/Apel*, ZUM 2014, 727 ff.; *Heydn*, MMR 2014, 105; *Krüger/Biehler/Apel*, MMR 2013, 760; *Stieper*, ZUM 2012, 670.

²³ Zur Verallgemeinerungsfähigkeit auch *Malevanny*, CR 2013, 426; *Marly*, EuZW 2012, 657; ebenfalls *Peifer*, AfP 2013, 90; *Schneider/Spindler*, CR 2012, 497; *Scholz*, ITRB 2013, 20; vgl. auch *Hoeren/Försterling*, MMR 2012, 647.

²⁴ *EuGH* MMR 2011, 817 m. Anm. *Stieper*, Rdnr. 187 f.

lichen Gegenstand gegen Zahlung eines Entgelts an eine andere Person abtritt.²⁵

Leider umgeht das *OLG Hamm* diesen Punkt wie angesprochen mit dem Hinweis darauf, dass mangels einer eigentumsfähigen Sache kein Kaufvertrag vorliegen könne. Dabei fällt auf, dass sich die Richter in Anbetracht der vertragstypologischen Einordnung vor Hindernisse gestellt sehen und i.E. auf einen Vertrag sui generis abstellen.²⁶ Dabei hätte die Negierung eines Kaufvertrags auf der einen Seite zumindest zu der Auseinandersetzung mit einem Rechtskauf gem. §§ 433, 453 BGB auf der anderen Seite führen müssen, da der *Senat* sehr wohl erkennt, dass der Erwerber zumindest ein dauerhaftes Nutzungsrecht an dem Werk erhält.²⁷ I.Ü. hätte die Abgrenzung zu einem Mietvertrag nahegelegen, da es durchaus Wirtschaftsmodelle wie *Napster* gibt, wo die Audio-Dateien nur für den Zeitraum der Vertragslaufzeit zur Verfügung gestellt werden. Gerade dies ist vorliegend nicht der Fall, denn der Erwerber erhält die heruntergeladene Datei auf Dauer. Entscheidend ist an dieser Stelle ohnehin, dass der *EuGH* dem Generalanwalt *Bot* in seinen Ausführungen folgt und den Verkaufsbegriff äußerst weit versteht, sodass darunter sämtliche Formen der Vermarktung fallen, die sich dadurch auszeichnen, dass der Erwerber ein dauerhaftes Nutzungsrecht gegen Zahlung eines Entgelts erhält.²⁸ Mithin ist in dieser Fallkonstellation von einem Verkauf i.S.d. *UsedSoft*-Rechtsprechung auszugehen.

Nun könnte man die Frage stellen, ob diese dem Europarecht immanente, autonome Begriffsbestimmung seine Grenze darin finden könnte, dass die Erwägungsgründe der RL 2001/29/EG nur von der Erschöpfung bei verkörperten Werken sprechen und Erwägungsgrund 29 der RL keine Notwendigkeit für die Erschöpfung bei Online-Diensten vorsieht, sodass der Verkaufsbegriff in der RL 2001/29/EG restriktiver zu verstehen sein könnte als in der RL 2009/24/EG. Eine solche Ansicht verbietet sich allerdings im Hinblick auf das Binnenmarktziel. Auch wenn der Wortlaut von Erwägungsgrund 29 der RL 2001/29/EG zunächst recht klar erscheint, nämlich dass die Problematik der Erschöpfung sich bei Online-Diensten nicht stelle, so muss man an dieser Stelle festhalten, dass dieser Erwägungsgrund nicht mehr zeitgemäß und i.E. schlicht falsch ist, denn andernfalls bestünde schon kein Anlass zu der vorliegenden Diskussion. Dabei drängt sich auf, dass die RL 2001/29/EG mittlerweile 13 Jahre alt ist; mithin ist nahezu ausgeschlossen, dass sie die Probleme und Rechtsfragen des heutigen urheberrechtlichen IT-Zeitalters in Gänze abbildet. Die Informationstechnologie wirft im Zusammenspiel mit den Möglichkeiten des Internet nahezu täglich neue Fragen auf, denen der europäische und die mitgliedersstaatlichen Gesetzgeber kaum in einem adäquaten Zeitraum begegnen können. Natürlich stellt dieses Phänomen die Judikative vor das Problem, Sachverhalte beurteilen zu müssen, die gesetzlich nicht normiert sind. Umso wichtiger ist es in diesem Zusammenhang, sich auf altbewährte Grundsätze zu berufen und diese unter Berücksichtigung ihrer Zweckrichtung ggf. zur Anwendung zu bringen. Nichts anderes intendiert im Grunde auch die RL 2001/29/EG in Erwägungsgrund 5. Danach soll der technischen

Entwicklung, welche die Verwertungsmöglichkeiten des geistigen Eigentums vervielfacht und diversifiziert hat, Rechnung getragen werden, indem auch neue wirtschaftliche Verwertungsmöglichkeiten beachtet werden. Beachtenswert ist dabei der Zusatz, dass es in dieser Hinsicht keiner neuen Konzepte für den Schutz des geistigen Eigentums bedarf. Nun ist an dieser Stelle auf die wirtschaftliche Vergleichbarkeit im Sinne des o.g. Beispiels zurückzukommen: Fände der Erschöpfungsgrundsatz keine Anwendung, so könnte der Urheber durch die geschickte Wahl der Vertriebsform die Restriktion der Verwertung umgehen und die weitere Verwertung seines Werks kontrollieren. Dies führte zu einem zu nicht gewollten Wettbewerbsverzerrungen (vgl. Erwägungsgrund 1 der RL 2001/29/EG) und zum anderen würde der nachgelagerte Gebrauchmarkt i.E. abgeschottet. Dies ist, wie eingangs angesprochen, nicht mit dem Binnenmarktziel vereinbar.²⁹

Es sei erwähnt, dass der *EuGH* letztlich auch Zweifel an einer zu strikten, am Wortlaut orientierten Auslegung der RL 2001/29/EG zu haben scheint, wenn er in *UsedSoft* die weitergehende Interpretation der RL offen lässt und sich eines „Selbst wenn...“-Arguments bedient, anstatt eine klare Position zu beziehen.³⁰

IV. Rechtfertigung eines Vervielfältigungsstücks

Wäre also die Anwendbarkeit des Erschöpfungsgrundsatzes herausgearbeitet worden, so hätte sich das *OLG Hamm* letztlich noch mit der Rechtfertigung der (in aller Regel stattfindenden) Vervielfältigung des digitalen Hörbuchs bei der Weitergabe, z.B. auf einer CD-ROM, auseinandersetzen müssen. Hier treten vergleichbare Probleme auf, denn ein privat hergestelltes Vervielfältigungsstück unterliegt nicht der Erschöpfungswirkung, § 53 Abs. 6 Satz 1 UrhG. Ob die §§ 69a ff. UrhG und damit § 69d UrhG trotz ihrer Spezialität analogiefähig sind, kann dahinstehen. Letztlich muss man nämlich im Hinblick auf die Erschöpfungslehre als Ganzes zu dem Ergebnis kommen, dass eine Vervielfältigung in Form der Erstkopie zulässig ist, da andernfalls die Erschöpfungslehre ad absurdum geführt würde.³¹ Voraussetzung ist allerdings, dass der Verkäufer seine Kopie des Werks unbrauchbar macht.³²

V. Fazit

Das Urteil des *OLG Hamm* wirft die Rechtsentwicklung rund um den Erschöpfungsgrundsatz im digitalen Umfeld wieder ein Stück zurück. Das Urteil ist zwar rechtskräftig, dennoch bleibt zu hoffen, dass der *BGH* irgendwann in einem ähnlichen Fall den Mut haben wird, unter Rückgriff auf den eigentlichen Sinn und Zweck des Erschöpfungsgrundsatzes sowie unter Heranziehung der *UsedSoft*-Rechtsprechung zu einem systemgerechten Ergebnis zu kommen. Warum man jedoch in *Hamm* mit allen Mitteln versucht hat, den Erschöpfungsgrundsatz in diesem Fall auszuschließen, bleibt ein Rätsel. Schade, denn dieser Sachverhalt hätte sich angeboten, um den in Europa und in Deutschland anerkannten Grundsatz der Erschöpfung zu stärken.



Prof. Dr. Thomas Hoeren ist Direktor der zivilrechtlichen Abteilung des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht an der Wilhelms-Universität in Münster und Mitherausgeber der *MMR*.



Sebastian Jakopp, LL.M. ist Rechtsreferendar in Köln.

²⁵ *EuGH* (o. Fußn. 2), Rdnr. 44.

²⁶ So auch *Jani*, *K&R* 2012, 299.

²⁷ Zur Anwendbarkeit des Kaufrechts s. *BGH MMR* 2007, 244; *Hoeren*, *Softwareüberlassung als Rechtskauf*, 1989, Rdnr. 163, 175; *ders.* (o. Fußn. 5), S. 517; *ders.*, *MMR* 2010, 448; *Terhaag/Telle* (o. Fußn. 19), S. 552.

²⁸ *EuGH* (o. Fußn. 2), Rdnr. 49; Generalanwalt *Bot* (o. Fußn. 9), Rdnr. 59 f.

²⁹ So eben auch der *EuGH* (o. Fußn. 2), Rdnr. 63; i.E. auch *Schneider/Spindler* (o. Fußn. 23), S. 497; *dies.*, jedoch kritischer, *CR* 2014, 222 f.

³⁰ *EuGH* (o. Fußn. 2), Rdnr. 60.

³¹ So auch *Redeker* (o. Fußn. 5), S. 77 f.; *Malevanny* (o. Fußn. 23), S. 426; *Marly*, *EuZW* 2012, 657; zu *EuGH – UsedSoft* schon *Schneider/Spindler* (o. Fußn. 23), S. 493.

³² So auch *EuGH* (o. Fußn. 2), Rdnr. 70; *Peifer* (o. Fußn. 23), S. 91 f.