

Berlin, im Juli 2009
Stellungnahme Nr. 44/2009

abrufbar unter
www.anwaltverein.de

Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins

durch den Ausschuss Informationsrecht

zum

**Schreiben des Bundesministeriums der Justiz vom 13.02.2009 zur Prüfung
eines weiteren gesetzgeberischen Handlungsbedarfs im Bereich des
Urheberrechts**

Mitglieder des Informationsrechtsausschusses:

Rechtsanwalt Dr. Helmut Redeker, Bonn (Vorsitzender und Berichterstatter)
Rechtsanwalt Niko Härting, Berlin
Rechtsanwalt Prof. Dr. Rainer Hamm, Frankfurt am Main
Rechtsanwalt Prof. Dr. Jochen Schneider, München (Berichterstatter)
Rechtsanwalt Prof. Dr. Holger Zuck, Stuttgart

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung:

Rechtsanwalt Jens Wagener

Verteiler:

- Bundesministerium des Innern
- Bundesministerium der Justiz

- Landesjustizverwaltungen

- Bundesrat
- Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
- SPD-Fraktion im Deutschen Bundestag
- CDU/CSU-Fraktion des Deutschen Bundestages, Arbeitsgruppe Recht
- Fraktionen BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN im Deutschen Bundestag
- FDP-Fraktion im Deutschen Bundestag
- Fraktion DIE LINKE im Deutschen Bundestag

- Vorstand und Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende des FORUMs Junge Anwaltschaft

- Deutscher Richterbund
- Bund Deutscher Verwaltungsrichter
- Deutscher Steuerberaterverband
- GRUR
- BITKOM
- DGRI
- Bundesverband der Freien Berufe

- Bundesrechtsanwaltskammer
- Bundesnotarkammer

- Redaktion NJW
- JUVE-Verlag
- ver.di Bundesverwaltung, Fachbereich Bund und Länder, Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 67.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Der Ausschuss Informationsrecht des Deutschen Anwaltvereins nimmt zu den im Rundschreiben vom 13.02.2009 gestellten Fragen zur Prüfung weiteren gesetzgeberischen Handlungsbedarfs im Bereich des Urheberrechts wie folgt Stellung:

Die Stellungnahme beschränkt sich auf Bereiche, in denen Sachkompetenz des Ausschusses besteht. In der Hauptsache geht es dabei um Rechtsprobleme des Handels mit gebrauchter Software (A.V). Kurz sollen Fragen intelligenter Aufnahmesoftware (A.II) und der Open-Source-Software (B.I) angesprochen werden.

Folgende Fragen werden beantwortet:

I. Fragen aus Abschnitt A.

Frage II. Gesetzliches Verbot sogenannter intelligenter Aufnahmesoftware

Ein Bedarf für ein Verbot intelligenter Aufnahmesoftware ist aus den praktischen Erfahrungen der Mitglieder des Ausschusses nicht abzuleiten. Die Frage stellt sich in der Praxis nicht.

Frage V. Prüfung einer Regelung des Handels mit gebrauchter Software

A. Vorbemerkung:

Sachlich geht es hier um die Weitergabe einmal erworbener Software an Dritte unter vollständiger Aufgabe der eigenen Nutzung.

Die Rechtslage im Hinblick auf den Handel mit gebrauchter Software ist durch große Unsicherheit gekennzeichnet. Eine einheitliche Linie in Rechtsprechung und Literatur ist nicht erkennbar. Die Notwendigkeit gesetzlicher Regelung wird in der jüngeren Literatur deutlich¹.

Sachlich beruht die Auseinandersetzung auf den sogenannten Weitergabeverboten, die insbesondere in allgemeinen Geschäftsbedingungen von Herstellern und Lizenzgebern aufgrund der amerikanischen Diskussion absolut üblich sind².

In der urheberrechtlichen Literatur und Rechtsprechung herrscht eine Tendenz dahingehend, im Hinblick auf die Wirksamkeit solcher Weitergabeverbote zwischen Software zu unterscheiden, die auf einer bestimmten Art von Datenträgern übergeben wird und solchen, die Online heruntergeladen wird. Nur bei Übergabe mit Datenträgern soll der Erschöpfungsgrundsatz eingreifen, der eine Weitergabe ermöglicht. Demgegenüber ist in der Rechtsprechung des BGH zu Zivilsachen Software seit Jahrzehnten als „Sache“ behandelt worden. Schon im Jahre 1989 hat der BGH in einer Entscheidung zum Abzahlungsgesetz festgestellt³, dass die körperliche Übertragung von Software an der Anwendung des seinerzeit noch geltenden Abzahlungsgesetzes nichts ändert und die Software der körperlichen Sache gleichzustellen ist. Der 12. Senat des BGH hat vor kurzem ausdrücklich

¹ S. etwa *Haberstumpf*, CR 2009, 345 m.w.N.

² S. zur Unwirksamkeit bei Erschöpfung BGH v. 6.7.2000 – I ZR 244/97, CR 2000, 651 - OEM

³ BGH v. 18.10.1989 – VIII ZR 325/88, CR 1990, 24.

festgehalten, dass die Frage, wie eine „gemietete“ Software verkörpert sei, für die rechtliche Beurteilung irrelevant sei⁴. Auch eine im Internet gemietete Software sei eine Sache.

Daran anknüpfend hat etwa das LG Düsseldorf den Datenbestand bzw. den Datenstrom, aus dem die Software technisch besteht, als das angesehen, was gehandelt wird und zwar unabhängig davon, wie und wo es gespeichert wird⁵.

Wirtschaftlich ist es – und darin herrscht Übereinstimmung – für die Betroffenen gleichgültig, ob die Software mit DVD oder einem anderen Träger übergeben und dann aufgespielt oder elektronisch heruntergeladen und dann auf den Rechner aufgespielt wird. Die beiden Vertriebsformen ersetzen sich wirtschaftlich zunehmend. Von daher ist eine bloße Anknüpfung der juristischen Bewertung an die Tatsache, dass in einem Fall ein körperlicher Datenträger übergeben wird und im anderen Fall nicht, wirtschaftlich nicht nachvollziehbar.

Von weit größerer Bedeutung ist die wirtschaftliche Frage, ob die Software endgültig überlassen oder nur auf Zeit überlassen wird. Hier herrscht Übereinstimmung, dass der Erschöpfungsgrundsatz nur eingreifen kann, wenn eine endgültige Überlassung vorliegt.

Die Befürworter der unterschiedlichen Behandlung der heruntergeladenen und auf Datenträger überlassenen Software beziehen sich häufig auf den Erwägungsgrund 29 der RL 2001/29 EEG.

Dieser Erwägungsgrund bezieht sich allerdings nur auf eine Online-Nutzung der Software in dem Sinne, dass es um eine Online-Dienstleistung geht. Software kann nun sowohl Online genutzt werden, wie dies etwa im Bereich des sogenannten Cloud Computing oder auch bei der Vermietung von Software über das Internet (ASP) erfolgt. Sie kann aber auch heruntergeladen und auf dem eigenen Rechner gespeichert und dort genutzt werden. Das Letztere ist keine Online-Nutzung, sondern lediglich der Bezug von Offline genutzter Software über eine Online-Verbindung.

Auf die zweite Form des Online-Bezugs bezieht sich der Erwägungsgrund 29 nicht. Auch europarechtlich ist die Differenzierung nach den Vertriebsform der Software daher nicht geboten.

Die Unklarheiten in der Rechtslage werden dadurch verstärkt, dass AGB-rechtlich die Weitergabeverbote bei Verträgen, die eine endgültige Überlassung der Software gegen einmalige Zahlung vorsehen, in der juristischen Literatur und auch in der Rechtsprechung weit überwiegend als unwirksam angesehen werden, weil sie dem Grundcharakter des Kaufvertrages widersprechen. Die urheberrechtliche Rechtsprechung sieht diese AGB-rechtlichen Klauseln unabhängig davon faktisch als wirksam an, weil auch bei Unwirksamkeit keine Einwilligung in die Weitergabe vorliegt, die nach Ansicht der urheberrechtlichen Literatur zur Übertragung der gebrauchten Software an Dritte erforderlich ist.

Die Rechtslage wird noch dadurch kompliziert, dass auch bei Software, die mit Datenträgern erworben wird, in aller Regel Updates im Laufe der Zeit Online heruntergeladen werden und die Wirkung dieser Online heruntergeladenen Updates auf die Geltung des Erschöpfungsgrundsatzes unklar ist.

B. Zur Beantwortung der Fragen

Unter den vorgenannten Voraussetzungen sind die ersten beiden Fragen wie folgt zu beantworten:

⁴ BGH v. 15.11.2006 – XII ZR 120/04, CR 2007, 75 - ASP.

⁵ LG Düsseldorf v. 22.4.2009 – 12 O 23/09, CR 2009, 357.

1.

Die derzeitige Rechtslage führt zu einer hohen Verunsicherung und damit zu einer Hinderung von Marktbeziehungen im Bereich des Handels mit gebrauchter Software. Der Handel mit gebrauchter Software ist im Gegensatz zum Handel mit gebrauchten Gütern im Übrigen stark behindert. Da die Weitergabeverbote eventuell auch das Outsourcing umfassen, gibt es hier erhebliche zusätzliche Unsicherheiten.

Die gewerblichen Nutzer von Software können zwar Software gegen Einmalzahlung erwerben, können sich aber nicht sicher sein, dass sie damit in gleicher Weise verfügbungsbefugt über dieses Softwareexemplar sind wie sie dies bei anderen Rechtsgütern üblicherweise sind. Dies kann auch steuerliche Probleme (etwa im Kontext von Leasingverträgen) zur Folge haben. Verbraucher haben eventuell sogar Probleme, ihren gebrauchten Rechner an Dritte weiterzuverkaufen, weil zumindest die Betriebssoftware und Teile der Anwendungssoftware dabei auf dem Rechner verbleiben sollten. Welche Konsequenzen die hier aufgeworfenen Rechtsfragen für den Weiterverkauf sonstiger Güter haben, die nur mit Software betrieben werden können, ist ebenfalls noch nicht geklärt. Dies gilt sicherlich für alle Kraftfahrzeuge, aber auch für Immobilien, wenn z.B. eine Aufzugsanlage mit Software gesteuert wird.

Die sich ergebenden Unsicherheiten bedürfen einer gesetzlichen Regelung.

2.

Die Unterscheidung zwischen körperlicher und unkörperlicher Übertragung bei dem Inverkehrbringen von Software sollte gesetzgeberisch nicht klargestellt, sondern abgeschafft werden. In welcher Weise dies geschieht, sollte der Entscheidung des Gesetzgebers überlassen bleiben. Dabei sind die oben aufgeworfenen praktischen Fragen auch des Vertriebs mit Software versehenen sonstiger Güter mit zu bedenken.

Die beiden Vertriebswege sind wirtschaftlich gleichwertig und dürfen daher nicht unterschiedlich behandelt werden.

C.

Zur dritten gestellten Frage ist folgendes festzuhalten:

Das Sachverhaltsproblem ergibt sich aus folgendem:

Erwirbt ein Unternehmen z.B. 100 Lizenzen von Software und dafür 100 Datenträger, wäre es nach dem derzeit geltendem Erschöpfungsgrundsatz nicht gehindert, z.B. 50% der Lizenzen unter Weitergabe der entsprechenden 50 Datenträger weiterzuveräußern, wenn nicht ein wirksames Veräußerungsverbot mit dem Vertreiber vereinbart war. Insbesondere bei marktbeherrschenden Unternehmen dürfte ein solches wirksames Veräußerungsverbot selbst in individuellen Klauseln kartellrechtlich problematisch sein.

Werden diese Lizenzen demgegenüber zum gleichen Preis dadurch veräußert, dass ein einziger Datenträger dem Unternehmen übergeben und davon für die Nutzer jeweils Einzelkopien (bis max. 100, um im Beispiel zu bleiben) gezogen werden, wäre eine Weitergabe ohne Werkstück jedenfalls dann unzulässig, wenn man den Erschöpfungsgrundsatz nur dann anwendet, wenn das überlassene Werkstück der Software weitergegeben wird.

Hier sollte gesetzgeberisch klargestellt werden, ob solche Vertriebsverbote urheberrechtlich erwünscht und kartellrechtlich sicher sein können. Die Ungleichbehandlung unterschiedlicher Sachverhalte mit gleicher wirtschaftlicher Bedeutung wie im vorstehenden Fall erscheint auch hier äußerst problematisch.

D.

Ergänzend sei noch anzumerken, dass die derzeitige Rechtslage auch Unsicherheit im Hinblick auf die Anwendung des § 69 d UrhG ergibt.

Die meisten Softwareersteller erwecken den Eindruck, dass Nutzungsrechte an der Software nicht durch den Erwerb von Software etwa gegen Einmalzahlung erworben werden, sondern getrennt übertragen werden müssen. Demgegenüber ergibt sich aus § 69 d UrhG, dass derjenige, der legal ein Softwarepaket – z.B. von einem autorisierten Händler – erwirbt, über einen bestimmten Kern von Nutzungsrechten verfügt, ohne dass ihm diese noch gesondert vom Hersteller übertragen werden müssen.

Auch hier wird zu überlegen sein, ob nicht gesetzgeberisch diese Rechtsfolge noch einmal klargestellt wird.

II. Fragen aus Abschnitt B

Frage 1: Open Access- und Open-Source-Verwertungsmodell

Nach Kenntnis des Ausschusses gibt es keine rechtlichen Hindernisse für jede Art von Opensource-Nutzung von Software. Eine gesetzgeberische Regelung erscheint hier nicht erforderlich.