Fuente: Texto original del fallo aportado por UAIPIT-Portal Internacional de la Universidad de Alicante en PI y SI- http://www.uaipit.com.

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS

YVES BOT

vom 24. April 2012

Rechtssache C-128/11

Axel W. Bierbach, Insolvenzverwalter der UsedSoft GmbH

gegen

Oracle International Corp.

Vorabentscheidungsersuchen des Bundesgerichtshofs (Deutschland)

„Rechtsschutz von Computerprogrammen – Richtlinie 2009/24/EG – Vermarktung von aus dem Internet heruntergeladener gebrauchter Software – Erschöpfung des Verbreitungsrechts“

1. Das vorliegende Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung von Art. 4 Abs. 2 und Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2009/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen(2).

2. Die vorgelegten Fragen stellen sich anlässlich eines Rechtsstreits zwischen der UsedSoft GmbH, vertreten durch Axel W. Bierbach als Insolvenzverwalter dieser Gesellschaft(3), und der Oracle International Corp.(4) wegen der Vermarktung „gebrauchter“ Computerprogramme von Oracle durch UsedSoft.

I – **Rechtlicher Rahmen**

A – *Völkerrecht*

3. Die Weltorganisation für geistiges Eigentum (WIPO) hat am 20. Dezember 1996 in Genf den WIPO-Urheberrechtsvertrag angenommen. Dieser Vertrag ist im Namen der Gemeinschaft mit Beschluss 2000/278/EG des Rates vom 16. März 2000(5) genehmigt worden.

4. Gemäß Art. 4 dieses Vertrags sind Computerprogramme als Werke der Literatur im Sinne von Art. 2 der Berner Übereinkunft geschützt. Dieser Schutz gilt für Computerprogramme unabhängig von der Art und Form ihres Ausdrucks.

5. Art. 6 („Verbreitungsrecht“) des WIPO-Urheberrechtsvertrags sieht vor:

Quelle: http://eur-lex.europa.eu

„(1) Die Urheber von Werken der Literatur und Kunst haben das ausschließliche Recht, zu erlauben, dass das Original und Vervielfältigungsstücke ihrer Werke durch Verkauf oder sonstige Eigentumsübertragung der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden.

(2) Dieser Vertrag berührt nicht die Freiheit der Vertragsparteien, gegebenenfalls zu bestimmen, unter welchen Voraussetzungen sich das Recht nach Absatz 1 nach dem ersten mit Erlaubnis des Urhebers erfolgten Verkauf des Originals oder eines Vervielfältigungsstücks oder der ersten sonstigen Eigentumsübertragung erschöpft."

6. In den Gemeinsamen Erklärungen zum WIPO-Urheberrechtsvertrag wird zu den Art. 6 und 7 dieses Vertrags Folgendes ausgeführt:

„Die in diesen Artikeln im Zusammenhang mit dem Verbreitungs- und Vermietrecht verwendeten Ausdrücke ‚Vervielfältigungsstücke' und ‚Original und Vervielfältigungsstücke' beziehen sich ausschließlich auf Vervielfältigungsstücke, die als körperliche Gegenstände in Verkehr gebracht werden können."

B – *Unionsrecht*

1. Richtlinie 2009/24

7. Die Richtlinie 2009/24 kodifiziert die Richtlinie 91/250/EWG des Rates vom 14. Mai 1991 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen(6).

8. Gemäß Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 2009/24 „schützen die Mitgliedstaaten Computerprogramme urheberrechtlich als literarische Werke im Sinne der Berner Übereinkunft zum Schutze von Werken der Literatur und der Kunst".

9. Art. 4 („Zustimmungsbedürftige Handlungen") dieser Richtlinie lautet:

„(1) Vorbehaltlich der Bestimmungen der Artikel 5 und 6 umfassen die Ausschließlichkeitsrechte des Rechtsinhabers im Sinne des Artikels 2 das Recht, folgende Handlungen vorzunehmen oder zu gestatten:

a) die dauerhafte oder vorübergehende Vervielfältigung, ganz oder teilweise, eines Computerprogramms mit jedem Mittel und in jeder Form. Soweit das Laden, Anzeigen, Ablaufen, Übertragen oder Speichern des Computerprogramms eine Vervielfältigung erforderlich macht, bedürfen diese Handlungen der Zustimmung des Rechtsinhabers;

b) die Übersetzung, die Bearbeitung, das Arrangement und andere Umarbeitungen eines Computerprogramms sowie die Vervielfältigung der erzielten Ergebnisse, unbeschadet der Rechte der Person, die das Programm umarbeitet;

c) jede Form der öffentlichen Verbreitung des originalen Computerprogramms oder von Kopien davon, einschließlich der Vermietung.

(2) Mit dem Erstverkauf einer Programmkopie in der [Europäischen Union] durch den Rechtsinhaber oder mit seiner Zustimmung erschöpft sich in der [Union] das Recht auf die Verbreitung dieser Kopie; ausgenommen hiervon ist jedoch das Recht auf Kontrolle der Weitervermietung des Programms oder einer Kopie davon."

10. Art. 5 („Ausnahmen von den zustimmungsbedürftigen Handlungen") der genannten Richtlinie bestimmt in seinem Abs. 1:

„In Ermangelung spezifischer vertraglicher Bestimmungen bedürfen die in Artikel 4 Absatz 1 Buchstaben a und b genannten Handlungen nicht der Zustimmung des Rechtsinhabers, wenn sie für eine bestimmungsgemäße Benutzung des Computerprogramms einschließlich der Fehlerberichtigung durch den rechtmäßigen Erwerber notwendig sind."

2. Richtlinie 2001/29

11. Die Erwägungsgründe 28 und 29 der Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft(7) lauten:

„(28) Der unter diese Richtlinie fallende Urheberrechtsschutz schließt auch das ausschließliche Recht ein, die Verbreitung eines in einem Gegenstand verkörperten Werks zu kontrollieren. Mit dem Erstverkauf des Originals oder dem Erstverkauf von Vervielfältigungsstücken des Originals in der [Union] durch den Rechtsinhaber oder mit dessen Zustimmung erschöpft sich das Recht, den Wiederverkauf dieses Gegenstands innerhalb der [Union] zu kontrollieren. Dies gilt jedoch nicht, wenn das Original oder Vervielfältigungsstücke des Originals durch den Rechtsinhaber oder mit dessen Zustimmung außerhalb der [Union] verkauft werden. Die Vermiet- und Verleihrechte für Urheber wurden in der Richtlinie 92/100/EWG[(8)] niedergelegt. Das durch die vorliegende Richtlinie gewährte Verbreitungsrecht lässt die Bestimmungen über die Vermiet- und Verleihrechte in Kapitel I jener Richtlinie unberührt.

(29) Die Frage der Erschöpfung stellt sich weder bei Dienstleistungen allgemein noch bei Online-Diensten im Besonderen. Dies gilt auch für materielle Vervielfältigungsstücke eines Werks oder eines sonstigen Schutzgegenstands, die durch den Nutzer eines solchen Dienstes mit Zustimmung des Rechtsinhabers hergestellt worden sind. Dasselbe gilt daher auch für die Vermietung oder den Verleih des Originals oder von Vervielfältigungsstücken eines Werks oder eines sonstigen Schutzgegenstands, bei denen es sich dem Wesen nach um Dienstleistungen handelt. Anders als bei CD-ROM oder CD-I, wo das geistige Eigentum in einem materiellen Träger, d. h. einem Gegenstand, verkörpert ist, ist jede Bereitstellung eines Online-

Dienstes im Grunde eine Handlung, die zustimmungsbedürftig ist, wenn das Urheberrecht oder ein verwandtes Schutzrecht dies vorsieht."

12. Art. 3 („Recht der öffentlichen Wiedergabe von Werken und Recht der öffentlichen Zugänglichmachung sonstiger Schutzgegenstände") der Richtlinie 2001/29 bestimmt:

„(1) Die Mitgliedstaaten sehen vor, dass den Urhebern das ausschließliche Recht zusteht, die drahtgebundene oder drahtlose öffentliche Wiedergabe ihrer Werke einschließlich der öffentlichen Zugänglichmachung der Werke in der Weise, dass sie Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich sind, zu erlauben oder zu verbieten.

…

(3) Die in den Absätzen 1 und 2 bezeichneten Rechte erschöpfen sich nicht mit den in diesem Artikel genannten Handlungen der öffentlichen Wiedergabe oder der Zugänglichmachung für die Öffentlichkeit."

13. Art. 4 („Verbreitungsrecht") dieser Richtlinie lautet:

„(1) Die Mitgliedstaaten sehen vor, dass den Urhebern in Bezug auf das Original ihrer Werke oder auf Vervielfältigungsstücke davon das ausschließliche Recht zusteht, die Verbreitung an die Öffentlichkeit in beliebiger Form durch Verkauf oder auf sonstige Weise zu erlauben oder zu verbieten.

(2) Das Verbreitungsrecht erschöpft sich in der [Union] in Bezug auf das Original oder auf Vervielfältigungsstücke eines Werks nur, wenn der Erstverkauf dieses Gegenstands oder eine andere erstmalige Eigentumsübertragung in der [Union] durch den Rechtsinhaber oder mit dessen Zustimmung erfolgt."

C – *Nationales Recht*

14. Durch § 69c des Gesetzes über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 9. September 1965(9) in seiner im Ausgangsverfahren zeitlich maßgebenden Fassung (im Folgenden: UrhG) werden Art. 4 der Richtlinie 2009/24 und Art. 3 der Richtlinie 2001/29 und durch § 69d dieses Gesetzes wird Art. 5 der Richtlinie 2009/24 in innerstaatliches Recht umgesetzt.

15. § 69c UrhG bestimmt:

„Der Rechtsinhaber hat das ausschließliche Recht, folgende Handlungen vorzunehmen oder zu gestatten:

1. die dauerhafte oder vorübergehende Vervielfältigung, ganz oder teilweise, eines Computerprogramms mit jedem Mittel und in jeder Form. Soweit das Laden, Anzeigen, Ablaufen, Übertragen oder Speichern des Computerprogramms eine Vervielfältigung erfordert, bedürfen diese Handlungen der Zustimmung des Rechtsinhabers;

2. die Übersetzung, die Bearbeitung, das Arrangement und andere Umarbeitungen eines Computerprogramms sowie die Vervielfältigung der erzielten Ergebnisse. Die Rechte derjenigen, die das Programm bearbeiten, bleiben unberührt;

3. jede Form der Verbreitung des Originals eines Computerprogramms oder von Vervielfältigungsstücken, einschließlich der Vermietung. Wird ein Vervielfältigungsstück eines Computerprogramms mit Zustimmung des Rechtsinhabers im Gebiet der [Union] oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum [vom 2. Mai 1992(10)] im Wege der Veräußerung in Verkehr gebracht, so erschöpft sich das Verbreitungsrecht in Bezug auf dieses Vervielfältigungsstück mit Ausnahme des Vermietrechts;

4. die drahtgebundene oder drahtlose öffentliche Wiedergabe eines Computerprogramms einschließlich der öffentlichen Zugänglichmachung in der Weise, dass es Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich ist.“

16. § 69d Abs. 1 UrhG bestimmt:

„Soweit keine besonderen vertraglichen Bestimmungen vorliegen, bedürfen die in § 69c Nr. 1 und 2 genannten Handlungen nicht der Zustimmung des Rechtsinhabers, wenn sie für eine bestimmungsgemäße Benutzung des Computerprogramms einschließlich der Fehlerberichtigung durch jeden zur Verwendung eines Vervielfältigungsstücks des Programms Berechtigten notwendig sind.“

II – **Sachverhalt und Ausgangsverfahren**

17. Oracle entwickelt und vertreibt Computersoftware. Sie ist Inhaberin der ausschließlichen urheberrechtlichen Nutzungsrechte an diesen Programmen sowie von deutschen Wortmarken und Gemeinschaftswortmarken „Oracle“, die u. a. für Computersoftware eingetragen sind.

18. Oracle vertreibt ihre Software in 85 % der Fälle per Download über das Internet. Der Kunde lädt die Software unmittelbar von Oracles Internetseite auf seinen Computer herunter. Bei den Programmen handelt es sich um sogenannte Client-Server-Software. Das Nutzungsrecht an ihnen umfasst die Befugnis, die Software dauerhaft auf einem Server zu speichern und einer bestimmten Anzahl von Nutzern dadurch Zugriff zu gewähren, dass sie in den Arbeitsspeicher ihrer Arbeitsplatzrechner geladen wird. Im Rahmen eines Software-Pflegevertrags können aktualisierte Versionen der Software

(Updates) und Programme, die der Fehlerbehebung dienen (Patches), von Oracles Internetseite heruntergeladen werden.

19. Die Lizenzverträge von Oracle enthalten unter „Rechtseinräumung“ folgende Bestimmung:

„Mit der Zahlung für Services haben Sie ausschließlich für Ihre internen Geschäftszwecke ein unbefristetes, nicht ausschließliches, nicht abtretbares und gebührenfreies Nutzungsrecht für alles, was Oracle entwickelt und Ihnen auf der Grundlage dieses Vertrags überlässt.“

20. UsedSoft, die mit „gebrauchten“ Softwarelizenzen handelt, bot im Oktober 2005 „bereits benutzte“ Lizenzen von Oracle an und wies dabei darauf hin, dass sie aktuell seien, da der vom ursprünglichen Lizenznehmer mit Oracle abgeschlossene Wartungsvertrag noch fortwirke; die Rechtmäßigkeit des Verkaufs werde durch ein Notartestat bestätigt.

21. Die Kunden von UsedSoft, die noch nicht im Besitz der betreffenden Software von Oracle sind, laden nach dem Erwerb einer „gebrauchten“ Lizenz diese Software unmittelbar von Oracles Internetseite herunter. Kunden, die bereits über die Software verfügen und Lizenzen für zusätzliche Nutzer hinzukaufen, laden die Software in den Arbeitsspeicher der Arbeitsplatzrechner dieser weiteren Anwender.

22. Oracle erhob Klage beim Landgericht München I, um diesen Praktiken ein Ende setzen zu lassen, und dieses gab ihrer Klage statt. Da die von UsedSoft hiergegen eingelegte Berufung ohne Erfolg blieb, legte diese daraufhin Revision zum Bundesgerichtshof (Deutschland) ein.

III – **Vorlagefragen**

23. Der Bundesgerichtshof hat beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

1. Ist derjenige, der sich auf eine Erschöpfung des Rechts zur Verbreitung der Kopie eines Computerprogramms berufen kann, „rechtmäßiger Erwerber“ im Sinne von Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2009/24?

2. Für den Fall, dass die erste Frage bejaht wird: Erschöpft sich das Recht zur Verbreitung der Kopie eines Computerprogramms nach Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2009/24, wenn der Erwerber die Kopie mit Zustimmung des Rechtsinhabers durch Herunterladen des Programms aus dem Internet auf einen Datenträger angefertigt hat?

3. Für den Fall, dass auch die zweite Frage bejaht wird: Kann sich auch derjenige, der eine „gebrauchte“ Softwarelizenz erworben hat, für das Erstellen einer Programmkopie als „rechtmäßiger Erwerber“ nach Art. 5 Abs. 1 und Art. 4 Abs. 2 der

Richtlinie 2009/24 auf eine Erschöpfung des Rechts zur Verbreitung der vom Ersterwerber mit Zustimmung des Rechtsinhabers durch Herunterladen des Programms aus dem Internet auf einen Datenträger angefertigten Kopie des Computerprogramms berufen, wenn der Ersterwerber seine Programmkopie gelöscht hat oder nicht mehr verwendet?

IV – **Würdigung**

A – *Vorbemerkungen*

24. Das vorlegende Gericht sieht es als erwiesen an, dass die Kunden von UsedSoft dadurch Vervielfältigungshandlungen im Sinne von Art. 4 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 2009/24 vornehmen, dass sie Computerprogramme von Oracles Internetseite herunterladen oder von einem Speicherträger in den Arbeitsspeicher zusätzlicher Computer laden und damit Oracles ausschließliches Vervielfältigungsrecht verletzen. Da das Nutzungsrecht nach den Lizenzbedingungen von Oracle „nicht abtretbar" ist, stellt der Bundesgerichtshof darüber hinaus fest, dass deren Kunden das Vervielfältigungsrecht nicht wirksam an UsedSoft übertragen könnten, so dass diese es nicht an ihre eigenen Kunden weiter übertragen könne.

25. Das vorlegende Gericht schließt daraus, dass die Entscheidung des Rechtsstreits von der Frage abhängt, ob sich die Kunden von UsedSoft auch ohne die für eine bestimmungsgemäße Benutzung des Computerprogramms durch den rechtmäßigen Erwerber notwendige Zustimmung des Inhabers des Vervielfältigungsrechts auf § 69d Abs. 1 UrhG, der Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2009/24 in deutsches Recht umsetzt, berufen können.

26. Nach Auffassung des vorlegenden Gerichts unterteilt sich diese Frage in drei Teilfragen, von denen sich die erste auf die Eigenschaft des „rechtmäßigen Erwerbers" im Sinne von Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2009/24 – der Person, die sich auf die Erschöpfung des Verbreitungsrechts berufen kann –, die zweite auf die Frage, ob die Erschöpfung des Verbreitungsrechts eintritt, wenn eine Kopie des Programms mit Zustimmung des Rechtsinhabers aus dem Internet heruntergeladen wird, und die dritte darauf bezieht, ob sich der Erwerber einer gebrauchten Lizenz auf diese Erschöpfung berufen kann, wenn der Ersterwerber seine Programmkopie gelöscht hat oder nicht mehr verwendet.

27. Obwohl das vorlegende Gericht die zweite Frage nur für den Fall der Bejahung der ersten Frage gestellt hat, bin ich der Ansicht, dass sie zunächst zu beantworten ist. Vor der Prüfung, ob die Person, die sich auf die Erschöpfung des Verbreitungsrechts berufen kann, als „rechtmäßiger Erwerber" im Sinne von Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2009/24 einzustufen ist, ist nämlich noch die Frage zu klären, ob das Herunterladen der Programme von Oracle durch eine Person, die ihren Wohnsitz im Unionsgebiet hat, in Anwendung von Art. 4 Abs. 2 dieser Richtlinie zu einer „gemeinschaftsweiten" Erschöpfung des Rechts zur Verbreitung dieser Programme führt. Diese Frage, die sich

auf die Anwendung bzw. Nichtanwendung des Grundsatzes der Erschöpfung auf das Herunterladen aus dem Internet bezieht, ist meines Erachtens vorab zu beantworten.

28. Anschließend werde ich die erste und die dritte Frage, bei denen es darum geht, ob sich der Erwerber einer gebrauchten Lizenz nach Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2009/24 in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 dieser Richtlinie auf die Erschöpfung des Rechts zur Verbreitung der Kopie des Computerprogramms, die der Ersterwerber heruntergeladen hat, um als rechtmäßiger Erwerber eine weitere Kopie des Programms anzufertigen, berufen kann, wenn der Ersterwerber seine Programmkopie gelöscht hat oder nicht mehr verwendet, einer gemeinsamen Prüfung unterziehen.

B – *Zur zweiten Frage*

29. Das vorlegende Gericht möchte im Wesentlichen wissen, ob sich das Recht zur Verbreitung der Kopie eines Computerprogramms nach Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2009/24 erschöpft, wenn der Erwerber die Kopie mit Zustimmung des Rechtsinhabers durch Herunterladen des Programms aus dem Internet auf einen Datenträger angefertigt hat.

1. Erklärungen der Parteien des Ausgangsverfahrens, der Regierungen und der Europäischen Kommission

30. UsedSoft macht in erster Linie geltend, der Wortlaut von Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2009/24 lasse die Anwendung der Erschöpfungsregel auf Online-Übertragungen von Software zu, da der Ausdruck „Programmkopie“ zum einen dahin verstanden werden könne, dass er das Verfahren betreffe, das es dem Erwerber ermöglichen solle, das Programm abzuspeichern, und der Ausdruck „Erstverkauf“ zum anderen nicht voraussetze, dass das Eigentum durch Übergabe eines Trägers übertragen werde, da es vielmehr auf die Erreichung des wirtschaftlichen Endziels des Geschäfts – der dauerhaften Nutzbarmachung des Programms – ankomme. Da der Verkauf unabhängig von der Übergabe eines Trägers durch die Einräumung eines unbefristeten Nutzungsrechts gegen die einmalige Zahlung eines Entgelts gekennzeichnet sei, gehe aus dem Wortlaut der Richtlinie 2009/24 hervor, dass die Erschöpfung des Verbreitungsrechts zu dem Zeitpunkt eintrete, zu dem der Kunde von Oracle die Kopie mit Zustimmung des Rechtsinhabers durch Herunterladen des Programms auf einen Datenträger anfertige.

31. Diese auf dem Wortlaut von Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2009/24 beruhende Auslegung werde zudem durch den Zweck der Erschöpfungsregel, der darin liege, die wirtschaftlichen Interessen des Urhebers in Bezug auf die Verwertung seines Werks und das Interesse des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs zu einem Ausgleich zu bringen, gestützt. Da der Rechtsinhaber bei der dauerhaften Überlassung von Software gegen Zahlung eines Entgelts die Möglichkeit habe, seine schöpferische Arbeit durch einen Verkauf des Schutzgegenstands kommerziell zu verwerten, dürfe dieser Urheber nicht dadurch über die Anwendung bzw. Nichtanwendung des Grundsatzes der

Erschöpfung entscheiden, dass er zwischen zwei Verwertungsarten wähle, auch wenn diese wirtschaftlich gesehen völlig gleichwertig seien. Wäre dies der Fall, ergäbe sich daraus ein Verbreitungsmonopol, das die Erschöpfungsregel gerade verhindern wolle. Falls das Geschäft als Dienstleistung zu qualifizieren sei, müsse der Grundsatz der Erschöpfung weiterhin gelten, da auch der freie Dienstleistungsverkehr zu den Grundprinzipien der Union gehöre.

32. Der Gerichtshof habe die Anwendung des Grundsatzes der Erschöpfung auf typische unkörperliche Verwertungsformen wie Vorführungs-, Aufführungs- oder Senderechte nicht wegen deren Unkörperlichkeit verneint, sondern deshalb, weil jede Nutzung dieser Rechte zur Erhebung einer Gebühr führe und die wirtschaftlichen Interessen des Urhebers durch das erstmalige Inverkehrbringen daher nicht hinreichend geschützt seien.

33. Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie 2001/29 oder dem 29. Erwägungsgrund dieser Richtlinie, die lediglich den besonderen Fall einer Zugänglichmachung von Diensten zur punktuellen Nutzung für eine auf die Verbindung mit dem Server des Urhebers begrenzte Dauer beträfen, lasse sich nichts Gegenteiliges entnehmen. Anders als eine Überlassung zur dauerhaften Nutzung gegen die einmalige Zahlung eines Entgelts könnten diese Dienste, die als entgeltliche wiederkehrende Leistungen ausgestaltet seien, die wirtschaftlichen Interessen des Urhebers nicht bereits durch ihre erstmalige Erbringung befriedigen.

34. Oracle ist der Ansicht, das Herunterladen von Kopien eines Computerprogramms stelle keinen Verkauf dar, da die Vergütung nicht für das bloße Herunterladen des Programms verlangt, sondern auf der Grundlage des Lizenzvertrags als Gegenleistung für das durch diesen Vertrag eingeräumte Nutzungsrecht gezahlt werde. Bei Abschluss eines Wartungsvertrags sei der Ersterwerber im Übrigen nicht in der Lage, die ursprünglich heruntergeladene Version weiter zu veräußern, sondern nur eine andere, ergänzte und aktualisierte Version.

35. Unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs, insbesondere auf das Urteil vom 9. November 2004, The British Horseracing Board u. a.(11), auf die Gemeinsamen Erklärungen zum WIPO-Urheberrechtsvertrag sowie auf den Bericht der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament und den Wirtschafts- und Sozialausschuss über die Umsetzung und die Auswirkungen der Richtlinie 91/250 vom 10. April 2000(12) fügt Oracle hinzu, dass es eine Erschöpfung des Verbreitungsrechts nur bei einer Übertragung des Eigentums an einem körperlichen Gegenstand geben könne, was den vollkommen unkörperlichen Vorgang des Herunterladens ausschließe. Eine „Programmkopie“ im Sinne von Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2009/24 könne nur ein körperlicher Gegenstand, also ein „Erzeugnis“, sein. Dieser Ansatz stehe mit Sinn und Zweck des Grundsatzes der Erschöpfung, der die Verkehrsfähigkeit mit Zustimmung des Rechtsinhabers in Verkehr gebrachter körperlicher Vervielfältigungsstücke sicherstellen, nicht aber Kopien, die der Nutzer selbst hergestellt habe, verkehrsfähig machen solle, im Einklang.

36. Selbst wenn diese Frage zu bejahen wäre, berechtige die aus dem Herunterladen des Programms folgende Erschöpfung des Verbreitungsrechts den Ersterwerber jedenfalls nicht zur Übertragung der Kopie auf einen anderen Träger. Sie gestatte ihm nur die physische Übertragung des Trägers selbst, was es beispielsweise erforderlich machen würde, die Festplatte, auf die er das Programm geladen habe, auszubauen.

37. Es sei nicht danach zu unterscheiden, ob das Computerprogramm durch den Kauf einer CD-ROM oder durch Herunterladen aus dem Internet erworben werde, da die Nutzung der Programmkopie in beiden Fällen den Abschluss eines Lizenzvertrags voraussetze.

38. Die spanische und die französische Regierung, Irland und die italienische Regierung tragen vor, das Recht zur Verbreitung eines Computerprogramms sei nur dann erschöpft, wenn die Kopie dieses Programms in einem physischen Träger verkörpert in Verkehr gebracht werde. Die französische Regierung, Irland und die italienische Regierung stützen sich dabei auf den rechtlichen Kontext, in dessen Licht die Richtlinie 2009/24 auszulegen sei, insbesondere auf die Richtlinie 2001/29.

39. Irland hebt zudem hervor, dass, selbst wenn die vom Rechtsinhaber erteilte Lizenz als Verkauf zu qualifizieren wäre, es sich bei den Kopien, für die die Lizenz erteilt worden sei, nicht um die heruntergeladenen oder von den Unterabnehmern übertragenen Kopien handele. Die Erschöpfungsregel, die sich im Rahmen des freien Warenverkehrs herausgebildet habe, bewirke nicht die Erschöpfung des Verbreitungsrechts eines Patentinhabers in Bezug auf andere Warenposten als die mit seiner Zustimmung in den Verkehr gebrachten. Unter Bezugnahme auf das Urteil vom 9. Juli 1985, Pharmon(13), ist Irland der Ansicht, dass der Fall der vorliegenden Rechtssache mit einer Situation vergleichbar sei, in der Erzeugnisse aufgrund einer Zwangslizenz in Verkehr gebracht würden. Die Gestattung der Verwertung von Lizenzen ohne Zustimmung des Rechtsinhabers könne zudem innovationsfeindlich sein und beeinträchtige die legitimen Interessen des Programmurhebers.

40. Die französische Regierung fügt dem Vorbringen zum gesetzlichen Kontext im Unionsrecht Erwägungen hinzu, die sie aus dem Völkerrecht und aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs(14) ableitet. Sie macht geltend, eine Erschöpfung könne, da es sich um ein Angebot mittels eines Online-Dienstes handele, nur beim Herunterladen eintreten, und hebt hervor, dass der Wartungsvertrag eindeutig eine Dienstleistung sei.

41. Die italienische Regierung, die der Ansicht ist, dass zwischen der Lage eines Eigentümers einer Softwarekopie und dem Status eines Nutzers, der aufgrund einer Lizenz zur Verwendung der Software berechtigt sei, unterschieden werden müsse, macht geltend, dass die Grenze, die die Erschöpfung des Verbreitungsrechts bilde, keine Anwendung finde, da das Verbreitungsrecht bei einer Online-Übertragung einer elektronischen Softwarekopie nicht betroffen sei. Ein anderer Ansatz beeinträchtige den Schutz, den das Unionsrecht der Software biete.

42. Die Kommission, die darauf hinweist, dass der Rechtsstreit im Wesentlichen die Frage betreffe, ob der Weiterverkauf eines Computerprogramms erlaubt sei und ob sich die Rechte des Inhabers erschöpften, wenn das Computerprogramm unter Bedingungen zum Herunterladen von einem Server zur Verfügung gestellt werde, die die Rechte des Nutzers, das Programm an einen Dritten weiter zu übertragen, einschränkten, ist der Auffassung, dass sich nicht nur aus dem 28. Erwägungsgrund der Richtlinie 2001/29, sondern auch aus Art. 4 dieser Richtlinie in Verbindung mit Art. 8 des WIPO-Urheberrechtsvertrags und den Gemeinsamen Erklärungen zu diesem Vertrag, dessen Umsetzung eines der Ziele der Richtlinie 2001/29 sei, ergebe, dass Art. 4 Abs. 1 Buchst. c der Richtlinie 2009/24 ungeachtet seines Wortlauts die Verbreitung eines nicht in einem Gegenstand verkörperten Werks, die ausschließlich unter Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 falle, nicht erfasse. Art. 3 Abs. 3 dieser Richtlinie sehe jedoch vor, dass sich das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung nach Art. 3 Abs. 1 der genannten Richtlinie nicht erschöpfe, und deren 29. Erwägungsgrund bestätige darüber hinaus, dass sich die Frage der Erschöpfung bei Dienstleistungen allgemein und bei Online-Diensten im Besonderen nicht stelle.

2. Würdigung

43. Der aus dem deutschen und dem amerikanischen Recht hervorgegangene Grundsatz der Erschöpfung(15) soll ein Gleichgewicht zwischen dem notwendigen Schutz geistiger Rechte, die ihren Inhabern grundsätzlich ein Verwertungsmonopol einräumen, und den Anforderungen des freien Warenverkehrs herstellen. Dieser Grundsatz, der das ausschließliche Recht des Inhabers des geistigen Eigentums, das von dem betreffenden Recht erfasste Erzeugnis erstmalig in Verkehr zu bringen, einschränkt, ist „der Ausdruck … des Rechtsgedankens, dass [dieses] Recht ... es nicht erlaubt, die Verbreitung eines authentischen Erzeugnisses zu unterbinden, wenn dieses rechtmäßig in den Verkehr gebracht worden ist“(16).

44. Das Ziel der Verwirklichung eines Raums ohne Binnengrenzen hat den Gerichtshof veranlasst, diese Regel in die Rechtsordnung der Union aufzunehmen. In seinem Urteil vom 8. Juni 1971, Deutsche Grammophon(17), hat er festgestellt: „Es verstößt gegen die Normen über den freien Warenverkehr im Gemeinsamen Markt, wenn ein Hersteller von Tonträgern das ihm nach der Gesetzgebung eines Mitgliedstaats zustehende ausschließliche Recht, die geschützten Gegenstände in Verkehr zu bringen, ausübt, um in diesem Mitgliedstaat den Vertrieb von Erzeugnissen, die von ihm selbst oder mit seiner Zustimmung in einem anderen Mitgliedstaat verkauft worden sind, allein deshalb zu verbieten, weil dieses Inverkehrbringen nicht im Hoheitsgebiet des ersten Mitgliedstaats erfolgt ist.“

45. Nach der Erschöpfungsregel kann sich der Inhaber geistiger Rechte, der Waren im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats in Verkehr gebracht hat, nicht mehr auf sein Verwertungsmonopol berufen, um sich ihrer Einfuhr in einen anderen Mitgliedstaat zu widersetzen. Diese Regel ist wirtschaftlich durch die Erwägung gerechtfertigt, dass der Inhaber paralleler Rechte keinen übermäßigen Gewinn aus der Verwertung seines

Rechts ziehen darf, was dann der Fall wäre, wenn er bei jedem Überschreiten einer Binnengrenze der Union in den Genuss eines wirtschaftlichen Vorteils käme, den dieses Recht ihm gewährt.

46. Der auf Richterrecht beruhende Grundsatz der Erschöpfung ist vom Unionsgesetzgeber aufgegriffen und in mehrere Richtlinien, u. a. über die Marken(18), die Datenbanken(19), den Sortenschutz(20), das Recht zur Vermietung und zum Verleih geschützter Werke(21), die Urheberrechte und verwandte Schutzrechte in der Informationsgesellschaft sowie die Computerprogramme, übernommen worden. Auch wenn die umfangreiche Rechtsprechung des Gerichtshofs auf diesem Gebiet die „Lehre von der gemeinschaftsweiten Erschöpfung", die einheitlich auf sämtliche Rechte des geistigen Eigentums angewandt werden kann, bildet, können sich die Voraussetzungen für die Anwendung und die Tragweite der Regel in Abhängigkeit von den Besonderheiten des jeweils betroffenen Rechts des geistigen Eigentums und den dafür geltenden besonderen Vorschriften gleichwohl beträchtlich unterscheiden.

47. Was insbesondere Computerprogramme angeht, findet sich die Erschöpfungsregel in Art. 4 der Richtlinie 2009/24, der den Wortlaut von Art. 4 der Richtlinie 91/250 aufgreift und diesen Artikel in zwei verschiedene Absätze unterteilt.

48. Während Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2009/24 bei den Ausschließlichkeitsrechten des Programmurhebers zwischen dem Recht der dauerhaften oder vorübergehenden Vervielfältigung, dem Recht der Umarbeitung und dem Recht, „jede Form der öffentlichen Verbreitung des originalen Computerprogramms oder von Kopien davon, einschließlich der Vermietung", vorzunehmen oder zu gestatten, unterscheidet, sieht Art. 4 Abs. 2 dieser Richtlinie vor, dass die Erschöpfung nur für das Verbreitungsrecht mit Ausnahme des „Recht[s] auf Kontrolle der Weitervermietung" gilt. Aus diesen Vorschriften geht hervor, dass sich nur das Verbreitungsrecht erschöpft, nicht aber das Recht der Vervielfältigung oder der Umarbeitung. Darüber hinaus löst, obwohl das Verbreitungsrecht weit definiert ist, nur eine Form der Verbreitung, und zwar der Verkauf, die Anwendung der Erschöpfungsregel aus, die, wenn sie einmal zur Anwendung gekommen ist, für jede Form der Verbreitung mit Ausnahme der Vermietung gilt.

49. Die Frage, ob die Erschöpfungsregel in Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2009/24 die Vermarktung von aus dem Internet heruntergeladener „gebrauchter" Software erfassen kann, hat in den Mitgliedstaaten, insbesondere in Deutschland(22), erhebliche Meinungsverschiedenheiten hervorgerufen, an die der in den Vereinigten Staaten geführte Streit über die Anwendung der „first sale doctrine" im digitalen Umfeld anknüpft(23).

50. Da die Erschöpfung den „Erstverkauf einer Programmkopie" in der Union durch den Rechtsinhaber oder mit seiner Zustimmung voraussetzt, ist vorab festzustellen, ob dieser Begriff, der seit dem Erlass der Richtlinie 2009/24 zahlreiche Zweifel hat aufkommen lassen(24), einer einheitlichen Auslegung bedarf.

51. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs folgt aus den Erfordernissen sowohl der einheitlichen Anwendung des Unionsrechts als auch des Gleichheitssatzes, dass die Begriffe einer Vorschrift des Unionsrechts, die für die Ermittlung ihres Sinns und ihrer Bedeutung nicht ausdrücklich auf das Recht der Mitgliedstaaten verweist, in der Regel in der gesamten Union eine einheitliche Auslegung erhalten müssen(25). Da die Richtlinie 2009/24 hinsichtlich der Bedeutung des Begriffs „Verkauf einer Kopie" nicht auf nationales Recht verweist, ist er für die Zwecke der Anwendung dieser Richtlinie so zu verstehen, dass er einen autonomen Begriff des Unionsrechts bezeichnet, der im Hoheitsgebiet sämtlicher Mitgliedstaaten einheitlich auszulegen ist, wobei u. a. sein Wortlaut und der Zusammenhang, in dem er verwendet wird, sowie die Ziele der Richtlinie und des Völkerrechts zu berücksichtigen sind(26).

52. Aus den Erwägungsgründen 4 und 5 der Richtlinie 2009/24 geht hervor, dass diese darauf abzielt, die den Binnenmarkt erheblich beeinträchtigenden Unterschiede zwischen den Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten zu beseitigen. Ebenso wie der Gerichtshof in seinem Urteil vom 20. November 2001, Zino Davidoff und Levi Strauss(27), entschieden hat, dass der Begriff der Zustimmung, die das entscheidende Element für das Erlöschen des ausschließlichen Rechts darstellt, einheitlich ausgelegt werden müsse, um das Ziel eines „im Recht aller Mitgliedstaaten … einheitlichen Schutz[es]"(28) zu erreichen, ist davon auszugehen, dass die Voraussetzung des Verkaufs einer Programmkopie nicht nach Maßgabe divergierender Auslegungen in den verschiedenen nationalen Rechtsordnungen variieren darf.

53. Somit ist zu ermitteln, ob der Begriff „Verkauf einer Programmkopie" im Sinne von Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2009/24 unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens Anwendung finden kann.

54. Oracle trägt vor, die Vergütung, die vom Kunden verlangt werde, falle weder für das bloße Herunterladen des Programms noch für die Überlassung des Objektcodes an, sondern als Gegenleistung für den Nutzungsvertrag, der durch den Lizenzvertrag übertragen werde. Zudem habe der Kunde meist auch einen Wartungsvertrag, der die Aktualisierung des Programms sowie die Fehlerbehebung ermögliche, und damit einen Dienstvertrag, abgeschlossen. Oracle folgert daraus, dass ein Verkauf im Sinne von Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2009/24 nicht vorliege.

55. Diese Argumentation geht meines Erachtens fehl.

56. Meiner Meinung nach geht aus der Richtlinie 2009/24 eindeutig hervor, dass diese aus der Unterscheidung zwischen Verkauf und Vermietung die „oberste Einteilung" macht, von der sowohl die Anwendung bzw. Nichtanwendung der Erschöpfungsregel(29) als auch die Tragweite dieser Regel(30) abhängt. Der zwölfte Erwägungsgrund dieser Richtlinie definiert die Vermietung als die Überlassung eines Computerprogramms oder einer Kopie davon zur zeitweiligen Verwendung und zu Erwerbszwecken. Im Umkehrschluss ist der Verkauf eines Computerprogramms oder einer Kopie davon als im Sinne von Art. 4 Abs. 2 der genannten Richtlinie

charakterisiert anzusehen, da das Geschäft unabhängig von der Einstufung, die die Parteien diesbezüglich vorgenommen haben, durch die unbefristete Übertragung des Eigentums an einer Programmkopie gegen die einmalige Zahlung eines Entgelts gekennzeichnet ist. Diese Unterscheidung steht im Übrigen mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs, der die Erschöpfung im Fall der Vermietung ausgeschlossen hat(31), während er sie bei der Eigentumsübertragung anwendet(32), im Einklang.

57. Die Erteilung einer Lizenz, die die Zugänglichmachung einer Programmkopie durch Herunterladen aus dem Internet erlaubt, ist ein komplexer Vorgang, der gleichzeitig einen Dienstvertrag über u. a. die Überlassung, die Durchführung und die Wartung des Computerprogramms sowie einen Vertrag über den Kauf der Kopie, die zur Ausführung dieser Dienstleistungen erforderlich ist, umfassen kann(33). Der Inhalt einer solchen Nutzungsbewilligung kann variieren.

58. Dieses Nutzungsrecht weist die Merkmale der Vermietung auf, wenn es gegen Zahlung einer wiederkehrenden Vergütung vorübergehend übertragen worden ist und der Lieferer das Eigentum an der Programmkopie, die der Rechtsinhaber an ihn herauszugeben hat, nicht aufgegeben hat. Dagegen weist es meines Erachtens die Merkmale des Verkaufs auf, wenn der Kunde endgültig die Möglichkeit erhält, die Programmkopie, die der Lieferer gegen Zahlung eines Pauschalentgelts herausgibt, zu verwenden.

59. Ich bin nämlich der Ansicht, dass der Begriff „Verkauf“ im Sinne von Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2009/24 unter Berücksichtigung des Zwecks der Erschöpfung, der darin besteht, das Ausschließlichkeitsrecht im Recht des geistigen Eigentums einzuschränken, sofern der Vorgang des Inverkehrbringens es dem Rechtsinhaber ermöglicht hat, den wirtschaftlichen Wert seines Rechts zu realisieren, eine weite Auslegung erforderlich macht, die sämtliche Formen der Vermarktung eines Erzeugnisses, die durch die Einräumung eines unbefristeten Nutzungsrechts an einer Programmkopie gegen die einmalige Zahlung eines Entgelts gekennzeichnet sind, umfasst. Eine zu restriktive Lesart dieses Begriffs würde die praktische Wirksamkeit dieser Vorschrift beeinträchtigen und die Erschöpfungsregel gegenstandslos machen, da Software in der Regel in Form von Nutzungslizenzen vermarktet wird und die Lieferer den Vertrag nur als „Lizenzvertrag“ und nicht als „Kaufvertrag“ einstufen müssten, um diese Regel zu umgehen.

60. Ich leite daraus ab, dass die Abtretung eines Nutzungsrechts an einer Programmkopie sehr wohl einen Verkauf im Sinne von Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2009/24 darstellt, und zwar selbst dann, wenn der Rechtsinhaber, wie Oracle es tut, eine etwas künstliche Aufspaltung in die Zugänglichmachung der Programmkopie und die Einräumung des Nutzungsrechts vornimmt.

61. Die Einstufung des Vorgangs als „Verkauf“ stellt jedoch keinen ausreichenden Faktor dar, um zu der Schlussfolgerung zu gelangen, dass die Erschöpfung des Verbreitungsrechts unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens eintreten kann.

62. Oracle, die spanische und die französische Regierung, Irland, die italienische Regierung sowie die Kommission tragen vor, dass die Erschöpfung, die sich aus dem Verkauf der Programmkopie ergeben könne, zwangsläufig eine beschränkte Tragweite habe, da sie ausschließlich das Recht zur Verbreitung einer in einem physischen Träger verkörperten Programmkopie erfasse.

63. Für diese Auslegung sprächen mehrere Argumente.

64. Es wird vorgetragen, dass der Vorgang des Herunterladens eines Computerprogramms aus dem Internet nicht von der Verbreitungshandlung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2009/24 und Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 erfasst werde, sondern von der Handlung der öffentlichen Wiedergabe im Sinne von Art. 3 Abs. 1 der letztgenannten Richtlinie. Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie 2001/29 sehe jedoch vor, dass sich das Recht der öffentlichen Widergabe nicht erschöpfe.

65. Darüber hinaus gehe aus dem oben genannten Bericht der Kommission vom 10. April 2000 eindeutig hervor, dass die Erschöpfung des Urheberrechts nur dann eintrete, wenn eine Programmkopie, also eine Ware, verkauft werde, während sie im Fall einer Lieferung über Online-Dienste ausgeschlossen sei(34).

66. Der gleiche restriktive Ansatz beim Erschöpfungsbegriff finde sich in der Richtlinie 2001/29 wieder, der klare Anhaltspunkte für den Willen des Unionsgesetzgebers zu entnehmen seien, die Regel auf eine einzige Form der Verbreitung des Werks – und zwar eine, die durch den Verkauf einer das Computerprogramm verkörpernden Ware gekennzeichnet sei – zu beschränken.

67. Insbesondere sehe Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2001/29 die Erschöpfung des Verbreitungsrechts nur für den Erstverkauf eines „Gegenstands“ oder eine andere erstmalige Eigentumsübertragung vor. Zudem bestimmten die Erwägungsgründe 28 und 29 dieser Richtlinie erstens, dass der unter die genannte Richtlinie fallende Urheberrechtsschutz „auch das ausschließliche Recht ein[schließt], die Verbreitung eines *in einem Gegenstand verkörperten*[(35)] Werks zu kontrollieren“, und zweitens, dass „[d]ie Frage der Erschöpfung […] sich weder bei Dienstleistungen allgemein noch bei Online-Diensten im Besonderen [stellt]“. Im letztgenannten Erwägungsgrund heiße es weiter, dass „dies […] auch für materielle Vervielfältigungsstücke eines Werks oder eines sonstigen Schutzgegenstands [gilt], die durch den Nutzer eines solchen Dienstes mit Zustimmung des Rechtsinhabers hergestellt worden sind“, und dass „[a]nders als bei CD-ROM oder CD-I, wo das geistige Eigentum in einem materiellen Träger, d. h. einem Gegenstand, verkörpert ist, […] jede Bereitstellung eines Online-Dienstes im Grunde eine Handlung [ist], die zustimmungsbedürftig ist, wenn das Urheberrecht oder ein verwandtes Schutzrecht dies vorsieht“.

68. Hinzu komme, dass der 29. Erwägungsgrund der Richtlinie 2001/29 an den 33. Erwägungsgrund der Richtlinie 96/9 angelehnt sei, der den Willen des Unionsgesetzgebers, die Erschöpfung nur für das Inverkehrbringen eines aus einer

körperlichen Hülle und einem geistigen Inhalt bestehenden Erzeugnisses vorzusehen, bereits deutlich zum Ausdruck bringe. Dieser Wille gehe auch aus dem 43. Erwägungsgrund der letztgenannten Richtlinie hervor, der bestimme, dass sich das Recht, die Weiterverwendung zu untersagen, im Fall einer Online-Übermittlung weder hinsichtlich der Datenbank noch hinsichtlich des vom Empfänger der Übermittlung mit Zustimmung des Rechtsinhabers angefertigten physischen Vervielfältigungsstücks dieser Datenbank oder eines Teils davon erschöpfe.

69. Schließlich stütze das Völkerrecht den restriktiven Ansatz bei der Erschöpfung. Mit der Richtlinie 2001/29 solle nämlich vor allem der WIPO-Urheberrechtsvertrag in den Mitgliedstaaten umgesetzt werden. Allerdings seien Bestimmungen des Unionsrechts, worauf der Gerichtshof in seinem Urteil Peek & Cloppenburg hingewiesen habe, nach Möglichkeit im Licht des Völkerrechts auszulegen, insbesondere wenn mit ihnen ein von der Union geschlossener völkerrechtlicher Vertrag durchgeführt werden solle(36). Hieraus sei daher zu folgern, dass die Auslegung der Richtlinie 2001/29, die dazu diene, einigen der internationalen Verpflichtungen aus dem WIPO-Urheberrechtsvertrag und dem am 20. Dezember 1996 in Genf angenommenen WIPO-Vertrag über Darbietungen und Tonträger nachzukommen(37), im Licht der Gemeinsamen Erklärungen zum WIPO-Urheberrechtsvertrag, wonach sich die in Art. 6 Abs. 2 dieses Vertrags geregelte Erschöpfung des Verbreitungsrechts „ausschließlich auf Vervielfältigungsstücke [bezieht], die als körperliche Gegenstände in Verkehr gebracht werden können“, vorzunehmen sei.

70. Dieses Vorbringen überzeugt mich nicht.

71. Erstens bin ich entgegen dem Vorbringen der Kommission nicht der Ansicht, dass die Verbreitung eines Computerprogramms durch Herunterladen aus dem Internet von der Einordnung als „Verbreitungsrecht“ ausgenommen ist und unter die Definition des Rechts der öffentlichen Wiedergabe nach Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie 2001/29 fällt. Diese Auslegung ist meines Erachtens mit zwei grundsätzlichen Einwänden nicht zu vereinbaren.

72. Zunächst ist, auch wenn angenommen wird, dass die allgemeinen Bestimmungen der Richtlinie 2001/29, die gerade darauf abzielt, das Urheberrecht an das digitale Umfeld anzupassen, die Auslegung der besonderen Bestimmungen der Richtlinie 2009/24, die sich darauf beschränkt, die vor dem Aufschwung des Internet erlassene Richtlinie 91/250 zu kodifizieren, in eine bestimmte Richtung lenken können, gleichwohl festzustellen, dass die Richtlinie 2001/29 nach ihrem Art. 1 Abs. 2 Buchst. a „die bestehenden [unionsrechtlichen] Bestimmungen über [den rechtlichen Schutz von Computerprogrammen] unberührt [lässt] und […] sie in keiner Weise [beeinträchtigt]“. Da die Richtlinie 2009/24 nicht auf den Begriff des Rechts der Wiedergabe verweist und das Verbreitungsrecht als „jede Form der öffentlichen Verbreitung des originalen Computerprogramms oder von Kopien davon“ ausgesprochen weit definiert, lässt sich entgegen dem in einer Gesamtschau zu betrachtenden Wortlaut dieser beiden Richtlinien meines Erachtens schwerlich die Auffassung vertreten, das Recht der

öffentlichen Zugänglichmachung nach Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 gelte auch für Computerprogramme. Im Übrigen kann das von der Kommission zur Stützung ihrer Argumentation angeführte Urteil Bezpečnostní softwarová asociace meiner Meinung nach nicht in diesem Sinne ausgelegt werden(38).

73. Sodann sind, da die Richtlinie 2001/29 eine Definition des Rechts der öffentlichen Wiedergabe von Werken und des Verbreitungsrechts nicht enthält, die Art. 3 und 4 dieser Richtlinie nach Möglichkeit im Licht des WIPO-Urheberrechtsvertrags auszulegen(39). Art. 6 Abs. 1 dieses Vertrags bezieht sich jedoch auf das Verbreitungsrecht als das Recht, zu erlauben, dass das Original und Vervielfältigungsstücke eines Werks „durch Verkauf oder sonstige Eigentumsübertragung" der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden. Der Wortlaut dieser Vorschrift ist unmissverständlich. Eine einfache öffentliche Wiedergabe wird durch eine Eigentumsübertragung offensichtlich zu einer Verbreitungshandlung.

74. Zweitens sind die Hinweise in den Erwägungsgründen der Richtlinie 2001/29 weder klar noch eindeutig.

75. So ergibt sich aus dem ersten Satz des 28. Erwägungsgrundes dieser Richtlinie, der bestimmt, dass „[d]er unter diese Richtlinie fallende Urheberrechtsschutz […] auch das ausschließliche Recht *ein[schließt]*[(40)], die Verbreitung eines in einem Gegenstand verkörperten Werks zu kontrollieren", im Umkehrschluss, dass dieses Recht auch andere Formen der Verbreitung umfasst. Der zweite Satz dieses Erwägungsgrundes, der die Erschöpfung betrifft, beschränkt diese jedoch nicht auf eine besondere Form der Verbreitung.

76. Auch der 29. Erwägungsgrund der Richtlinie 2001/29 ist nicht eindeutig. Zwar scheint er den Verkauf von Waren, für den die Erschöpfungsregel gälte, von der Erbringung von Dienstleistungen, auf die diese Regel keine Anwendung fände, abzugrenzen, gleichwohl umfasst der Begriff der Online-Dienste, so wie er im Unionsrecht definiert wird, auch den Online-Verkauf von Waren(41). Daher dürfte die Erschöpfungsregel, hielte man sich an den Wortlaut dieses Erwägungsgrundes, beispielsweise im Fall eines Online-Kaufs einer CD-ROM, in der die Kopie des Computerprogramms verkörpert ist, keine Anwendung finden. Die Unterscheidung danach, ob der Verkauf im Fernabsatz stattfindet oder nicht, ist für die Anwendung dieser Regel meines Erachtens jedoch unerheblich.

77. Drittens hätte eine Auslegung von Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2009/24 dahin gehend, dass die Erschöpfungsregel im Fall des Herunterladens aus dem Internet ausgeschlossen wäre, obwohl Computerprogramme in dieser Vermarktungsform in großem Stil verbreitet werden, eine ganz erhebliche Einschränkung des Anwendungsbereichs dieser Regel und entsprechend eine Beschränkung der Freizügigkeit zur Folge.

78. Auch wenn Art. 36 AEUV bestimmt, dass solche Beschränkungen u. a. aus Gründen im Zusammenhang mit dem Schutz des gewerblichen und kommerziellen Eigentums gerechtfertigt sein können, ist eine Ausnahme, die auf diesen Grund gestützt wird, nach ständiger Rechtsprechung jedoch nur zulässig, soweit sie zur Wahrung der Rechte berechtigt ist, die den spezifischen Gegenstand dieses Eigentums ausmachen(42). Dieser Grundsatz beinhaltet, dass die Voraussetzungen, unter denen die Ausübung dieses Rechts als mit dem Unionsrecht vereinbar oder nicht vereinbar angesehen wird, für jedes betroffene Recht des geistigen Eigentums festzulegen sind.

79. Ich bezweifle jedoch, dass es unter die Wahrung der Rechte fällt, die den spezifischen Gegenstand des Urheberrechts ausmachen, wenn es dem Rechtsinhaber gestattet wird, einer Person, die das Eigentum an einer Programmkopie ordnungsgemäß erworben hat, die Weiterveräußerung dieser Kopie zu untersagen.

80. Der Gerichtshof stellt bei seiner Beurteilung der Rechtmäßigkeit der durch den Urheberrechtsschutz gerechtfertigten Ausnahmen von der Freizügigkeit darauf ab, ob dem Urheberrechtsinhaber die Vergütung, auf die er einen rechtmäßigen Anspruch hatte, vorenthalten worden ist oder nicht.

81. In seinem Urteil Football Association Premier League u. a. hat der Gerichtshof, nachdem er darauf hingewiesen hatte, dass Ausnahmen vom Grundsatz der Freizügigkeit nur zugelassen werden könnten, soweit sie zur Wahrung der Rechte gerechtfertigt seien, die den spezifischen Gegenstand des betreffenden geistigen Eigentums ausmachten, und dass der spezifische Gegenstand des geistigen Eigentums insbesondere den Inhabern der betreffenden Rechte den Schutz der Befugnis gewährleisten solle, das Inverkehrbringen oder die Bereitstellung der Schutzgegenstände dadurch kommerziell zu nutzen, dass gegen Zahlung einer Vergütung Lizenzen erteilt würden, ausgeführt, der spezifische Gegenstand des geistigen Eigentums garantiere den betreffenden Rechtsinhabern nicht, dass sie die höchstmögliche Vergütung verlangen könnten, sondern nur eine angemessene, d. h. in einem vernünftigen Zusammenhang mit dem wirtschaftlichen Wert der erbrachten Leistung stehende Vergütung für jede Nutzung der Schutzgegenstände(43).

82. Anschließend hat er festgestellt, dass der Aufschlag, den die Sendeunternehmen für die Einräumung einer gebietsabhängigen Exklusivität zahlten, geeignet sei, zu künstlichen Preisunterschieden zwischen den so abgeschotteten nationalen Märkten zu führen, und daraus gefolgert, dass diese Zahlung über das hinausgehe, was erforderlich sei, um den Rechtsinhabern eine angemessene Vergütung zu gewährleisten(44).

83. Meiner Meinung nach hat der Rechtsinhaber unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens dann eine angemessene Vergütung erhalten, wenn er für die Einräumung eines Nutzungsrechts an einer Kopie des Computerprogramms bezahlt worden ist. Ließe man zu, dass er die Weiterveräußerung dieser Kopie kontrollieren und unter dem Vorwand, dass die Kopie nach dem Herunterladen aus dem Internet vom Kunden auf einem Datenträger abgelegt und nicht vom Rechtsinhaber in einem in

Verkehr gebrachten Träger verkörpert worden sei, bei dieser Gelegenheit erneut eine Vergütung verlangen könnte, liefe dies nicht auf den Schutz des spezifischen Gegenstands des Urheberrechts, sondern auf eine Ausweitung des Verwertungsmonopols des Rechtsinhabers hinaus.

84. In Anbetracht der vorstehenden Erwägungen ist auf die zweite Frage des vorlegenden Gerichts zu antworten, dass Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2009/24 dahin auszulegen ist, dass das Recht zur Verbreitung der Kopie eines Computerprogramms sich erschöpft, wenn der Rechtsinhaber, der dem Herunterladen dieser Kopie aus dem Internet auf einen Datenträger zugestimmt hat, auch gegen Entgelt ein unbefristetes Nutzungsrecht an dieser Kopie eingeräumt hat. Die Überlassung der Kopie eines Programms in der Union, in jeder Form und mit jedem Mittel, zur unbefristeten Verwendung gegen Zahlung eines Pauschalentgelts stellt nämlich einen Verkauf im Sinne dieser Vorschrift dar.

C – *Zur ersten und zur dritten Frage*

85. Mit seiner ersten und dritten Frage möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob sich der Erwerber der Nutzungslizenz für das Erstellen einer weiteren Kopie des Computerprogramms als „rechtmäßiger Erwerber“ im Sinne von Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2009/24 auf die Erschöpfungsregel nach Art. 4 Abs. 2 dieser Richtlinie berufen kann, wenn der Ersterwerber seine Programmkopie gelöscht hat oder nicht mehr verwendet.

1. Erklärungen der Parteien des Ausgangsverfahrens, der Regierungen und der Kommission

86. UsedSoft trägt vor, der Grundsatz der Erschöpfung würde seines Inhalts entleert, wenn davon ausgegangen würde, dass der Rechtsinhaber die Weiterverbreitung von Programmkopien nicht, wohl aber die Nutzungshandlungen, die eine Vervielfältigung des Programms erforderlich machten, weiterhin kontrollieren könnte.

87. Durch die Tatsache, dass der Ersterwerber seine Programmkopie lösche oder nicht mehr verwende, werde zudem sichergestellt, dass die vom Hersteller übertragene Software nicht doppelt oder sogar mehrfach verwendet werde.

88. Nach Auffassung von Oracle betrifft der Begriff „rechtmäßiger Erwerber“ in Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2009/24 nur den aufgrund eines Lizenzvertrags zur Nutzung des Computerprogramms berechtigten Erwerber, während sich der Begriff der „bestimmungsgemäßen Verwendung [des Computerprogramms]“ auf eine Verwendung nach Maßgabe des vom Rechtsinhaber eingeräumten Nutzungsrechts beziehe, so dass er gegebenenfalls auf der Grundlage der einschlägigen Bestimmungen des Lizenzvertrags, die Art und Umfang des Nutzungsrechts festlegten, definiert werden müsse.

89. Zudem gelte die Erschöpfung nur für das Recht zur Verbreitung der in Verkehr gebrachten Programmkopie; das Nutzungsrecht, das ein Vervielfältigungsrecht umfasse, bleibe hiervon unberührt, da es sich um Computerprogramme handele, deren Verwendung die Vervielfältigung voraussetze.

90. Wie sich aus einer Analogie zum Markenrecht ergebe, sei es nicht Sinn und Zweck des Grundsatzes der Erschöpfung, anderen Personen als dem Rechtsinhaber die rechtliche Befugnis zu übertragen, die zur Aufspaltung des einer bestimmten Anzahl von Nutzern entsprechenden ursprünglichen Nutzungsrechts in mehrere zusätzliche Nutzungsrechte und zu dessen Abbau erforderlich sei. Die Praxis der Weiterveräußerung „gebrauchter" Lizenzen habe überdies den Nachteil, dass sie die Vermarktung niedrigpreisiger Lizenzen, die die Verwendung der Programme durch finanziell schwache Nutzergruppen wie Weiterbildungseinrichtungen erleichtere, unmöglich mache.

91. Zudem könne weder der Rechtsinhaber noch der Unterabnehmer überprüfen, ob der Ersterwerber seine Programmkopie tatsächlich gelöscht habe oder sie nicht mehr verwende.

92. Die französische Regierung, Irland und die italienische Regierung tragen im Wesentlichen vor, nur eine Person, die über ein ihr vom Rechtsinhaber eingeräumtes Nutzungsrecht am Computerprogramm verfüge, sei als „rechtmäßiger Erwerber" im Sinne von Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2009/24 anzusehen. Außerdem, so die französische Regierung und Irland, könne sich eine Person, die keine Lizenz vom Rechtsinhaber erworben habe und daher nicht deren rechtmäßiger Erwerber sei, nicht auf die Erschöpfungsregel berufen.

93. Die spanische Regierung und die Kommission, die der Ansicht sind, dass derjenige, der sich auf die Erschöpfung des Rechts zur Verbreitung der Kopie des Computerprogramms berufen könne, „rechtmäßiger Erwerber" im Sinne von Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2009/24 sei, vertreten, da sie die zweite Frage verneinen, die Auffassung, dass die dritte Frage des vorlegenden Gerichts nicht beantwortet zu werden brauche.

2. Würdigung

94. Die Beantwortung dieser Frage ergibt sich meines Erachtens aus der Unterscheidung zwischen dem sich erschöpfenden Verbreitungsrecht und dem sich nicht erschöpfenden Vervielfältigungsrecht.

95. In der vorliegenden Rechtssache steht fest, dass die von Oracle eingeräumte Nutzungslizenz die Vervielfältigung des Computerprogramms durch Herunterladen von Oracles Internetseite erlaubt. Meiner Meinung nach folgt daraus, dass die Abtretung der mit dieser Lizenz eingeräumten Nutzungsrechte nicht unter das Verbreitungsrecht, sondern unter das Vervielfältigungsrecht fällt.

96. Falls die Weiterveräußerung der vom Ersterwerber heruntergeladenen Programmkopie unter das Verbreitungsrecht fällt, berührt die Abtretung einer Nutzungslizenz wie die, die Oracle ihren Kunden erteilt, die Ausübung des ausschließlichen Rechts der Vervielfältigung, da sie die Herstellung einer weiteren Programmkopie durch Herunterladen aus dem Internet oder durch Vervielfältigung einer bereits im Besitz des Nutzers befindlichen Kopie erlaubt.

97. Aus dem eindeutigen Wortlaut von Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2009/24 ergibt sich jedoch, dass der Grundsatz der Erschöpfung ausschließlich die Verbreitung einer Programmkopie betrifft und am Vervielfältigungsrecht, in das nicht eingegriffen werden darf, ohne das Urheberrecht in seinem Kern zu verändern, nichts ändern kann.

98. Im Übrigen eignet sich Art. 5 Abs. 1 dieser Richtlinie meines Erachtens nicht zur Umgehung dieses Hindernisses. Meiner Meinung nach beschränkt sich der Gegenstand dieser Vorschrift darauf, es demjenigen, der bereits über eine Programmkopie verfügt, zu ermöglichen, diese Kopie für eine bestimmungsgemäße Benutzung zu vervielfältigen. Dagegen kann er denjenigen, der nicht bereits über eine Programmkopie verfügt, nicht dazu berechtigen, diese Kopie zu vervielfältigen, wenn sie nicht bestimmungsgemäß, sondern ohne Einschränkung verwendet werden soll. Überdies kann die genannte Vorschrift, die unter dem Vorbehalt spezifischer vertraglicher Bestimmungen steht, nach meinem Dafürhalten nur für einen vertraglich an den Rechtsinhaber gebundenen Erwerber gelten.

99. Meines Erachtens kann die Erschöpfungsregel, die untrennbar mit dem Verbreitungsrecht verbunden ist, beim derzeitigen Rechtsstand nicht auf das Vervielfältigungsrecht erstreckt werden. Ich bin mir bewusst, dass diese Eingrenzung der Regel allein auf die nach ihrem Herunterladen aus dem Internet auf einem Datenträger verkörperte Kopie deren Tragweite in der Praxis einschränken wird, doch kann – auch wenn sie in dem Erfordernis, die praktische Wirksamkeit der Erschöpfungsregel zu wahren und dem freien Waren- und Dienstleistungsverkehr den Vorrang einzuräumen, eine Stütze findet – die entgegengesetzte Lösung, die zu einer Erweiterung der Erschöpfungsregel über die vom Unionsgesetzgeber beabsichtigte Tragweite(45) hinaus führen würde, meiner Meinung nach nicht vertreten werden, ohne den Grundsatz der Rechtssicherheit, der die Vorhersehbarkeit europäischer Normen gebietet, in Frage zu stellen.

100. Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich für mich, dass die Art. 4 Abs. 2 und 5 Abs. 1 der Richtlinie 2009/24 dahin auszulegen sind, dass sich der Zweiterwerber im Fall einer Weiterveräußerung des Nutzungsrechts an der Kopie eines Computerprogramms für die Vervielfältigung des Programms durch das Erstellen einer weiteren Kopie nicht auf die Erschöpfung des Rechts zur Verbreitung dieser Kopie berufen kann, und zwar auch dann nicht, wenn der Ersterwerber seine Kopie gelöscht hat oder nicht mehr verwendet.

V – **Ergebnis**

101. Nach alledem schlage ich vor, dem Bundesgerichtshof wie folgt zu antworten:

1. Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2009/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen ist dahin auszulegen, dass das Recht zur Verbreitung der Kopie eines Computerprogramms sich erschöpft, wenn der Rechtsinhaber, der dem Herunterladen dieser Kopie aus dem Internet auf einen Datenträger zugestimmt hat, auch ein gegen Entgelt unbefristetes Nutzungsrecht an dieser Kopie eingeräumt hat.

Die Überlassung der Kopie eines Programms in der Union, in jeder Form und mit jedem Mittel, zur unbefristeten Verwendung gegen Zahlung eines Pauschalentgelts stellt nämlich einen Verkauf im Sinne dieser Vorschrift dar.

2. Die Art. 4 Abs. 2 und 5 Abs. 1 der Richtlinie 2009/24 sind dahin auszulegen, dass sich der Zweiterwerber im Fall einer Weiterveräußerung des Nutzungsrechts an der Kopie eines Computerprogramms für die Vervielfältigung des Programms durch das Erstellen einer weiteren Kopie nicht auf die Erschöpfung des Rechts zur Verbreitung dieser Kopie berufen kann, und zwar auch dann nicht, wenn der Ersterwerber seine Kopie gelöscht hat oder nicht mehr verwendet.

---

1 – Originalsprache: Französisch.

---

2 – ABl. L 111, S. 16.

---

3 – Im Folgenden: UsedSoft.

---

4 – Im Folgenden: Oracle.

---

5 – ABl. L 89, S. 6.

---

6 – ABl. L 122, S. 42.

---

7 – ABl. L 167, S. 10.

---

8 – Richtlinie des Rates vom 19. November 1992 zum Vermietrecht und Verleihrecht sowie zu bestimmten dem Urheberrecht verwandten Schutzrechten im Bereich des geistigen Eigentums (ABl. L 346, S. 61).

---

9 – BGBl. 1965 I, S. 1273.

---

10 – ABl. 1994, L 1, S. 3.

---

11 – C-203/02, Slg. 2004, I-10415, Randnrn. 58 und 59.

---

12 – KOM(2000) 199 endg.

---

13 – 19/84, Slg. 1985, 2281.

---

14 – Vgl. u. a. Urteil vom 28. April 1998, Metronome Musik (C-200/96, Slg. 1998, I-1953).

---

15 – Zur Entstehung und zu den Rechtfertigungen dem Grundsatz nach vgl. Castell, B., *L'«épuisement» du droit intellectuel en droits allemand, français et communautaire*, PUF, Paris, 1989.

---

16 – Vgl. Beier, F.-K., „La territorialité du droit des marques et les échanges internationaux", *Journal du droit international*, 1971, S. 5, 14.

---

17 – 78/70, Slg. 1971, 487.

---

18 – Richtlinie 2008/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2008 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken (ABl. L 299, S. 25). Art. 7 dieser Richtlinie sieht vor:

„(1) Die Marke gewährt ihrem Inhaber nicht das Recht, einem Dritten zu verbieten, die Marke für Waren zu benutzen, die unter dieser Marke von ihm oder mit seiner Zustimmung in der [Union] in den Verkehr gebracht worden sind.

---

(2) Absatz 1 findet keine Anwendung, wenn berechtigte Gründe es rechtfertigen, dass der Inhaber sich dem weiteren Vertrieb der Waren widersetzt, insbesondere wenn der Zustand der Waren nach ihrem Inverkehrbringen verändert oder verschlechtert ist.“

---

19 – Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken (ABl. L 77, S. 20). Art. 5 Buchst. c Satz 2 dieser Richtlinie bestimmt: „Mit dem Erstverkauf eines Vervielfältigungsstücks einer Datenbank in der [Union] durch den Rechtsinhaber oder mit seiner Zustimmung erschöpft sich in der [Union] das Recht, den Weiterverkauf dieses Vervielfältigungsstücks zu kontrollieren.“

---

20 – Verordnung (EG) Nr. 2100/94 des Rates vom 27. Juli 1994 über den gemeinschaftlichen Sortenschutz (ABl. L 227, S. 1). Art. 16 dieser Verordnung sieht vor:

„Der gemeinschaftliche Sortenschutz gilt nicht für Handlungen, die ein Material der geschützten Sorte oder einer von Artikel 13 Absatz 5 erfassten Sorte betreffen, das vom Inhaber oder mit seiner Zustimmung andernorts in der [Union] an Dritte abgegeben wurde, oder Material, das von dem genannten Material stammt, außer wenn diese Handlungen

---

a) eine weitere Vermehrung der betreffenden Sorte beinhalten, es sei denn, eine solche Vermehrung war beabsichtigt, als das Material abgegeben wurde,

---

oder wenn sie

---

b) eine Ausfuhr von Sortenbestandteilen in ein Drittland beinhalten, in dem Sorten der Pflanzengattung oder -art, zu der die Sorte gehört, nicht geschützt werden; ausgenommen hiervon ist ausgeführtes Material, das zum Endverbrauch bestimmt ist."

---

21 – Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie 92/100 bestimmt: „Die in Absatz 1 genannten Rechte werden weder durch die Veräußerung von in Artikel 2 Absatz 1 bezeichneten Originalen und Vervielfältigungsstücken von urheberrechtlich geschützten Werken und anderen Schutzgegenständen noch durch andere darauf bezogene Verbreitungshandlungen erschöpft."

---

22 – Vgl. Bräutigam, P., „Second-hand software in Europe: thoughts on the three questions of the German Federal Court of Justice referred to the Court of Justice of the European Union", *Computer Law Review International*, 1/2012, S. 1, und Overdijk, T., van der Putt, P., de Vries, E., und Schafft, T., „Exhaustion and Software Resale Rights", *Computer Law Review International*, 2/2011, S. 33.

---

23 – Vgl. Frankel, S., und Harvey, L., „Will the digital era sound the death knell for the first sale doctrine in US copyright law?", *Intellectual Property Magazine*, März 2011, S. 40.

---

24 – Vgl. u. a. Strowel, A., und Derclaye, E., *Droit d'auteur et numérique: logiciels, bases de données, multimédia – Droit belge, européen et comparé*, Bruylant, Brüssel, 2001. Vgl. auch Vivant, M., „Le programme d'ordinateur au pays des muses; observations sur la directive du 14 mai 1991", *La semaine juridique – Édition entreprise*, 1991, Nr. 47, S. 479. Dieser Autor bemängelt „die konzeptionelle Unfähigkeit der Verfasser, geistige Schöpfung und Träger auseinanderzuhalten" (Nr. 16.2, S. 484).

---

25 – Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 14. Juni 2007, Häupl (C-246/05, Slg. 2007, I-4673, Randnr. 43 und die dort angeführte Rechtsprechung).

---

26 – Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 22. Dezember 2010, Bezpečnostní softwarová asociace (C-393/09, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 30 und die dort angeführte Rechtsprechung).

---

27 – C-414/99 bis C-416/99, Slg. 2001, I-8691.

---

28 – Randnrn. 41 bis 43.

---

29 – In dem Sinne, dass die Erschöpfung nur im Fall eines Verkaufs eintritt.

---

30 – In dem Sinne, dass die aus dem Verkauf folgende Erschöpfung die Weitervermietung der Kopie nicht gestattet. Vgl. Czarnota, B., und Hart, R., *Legal Protection of Computer Programs in Europe – A guide to the EC Directive*, Butterworths, 1991, S. 60:

„If sale is the first means of distribution which the rightholder chooses, he can now under the Directive not prevent the resale of the copy which he has sold. Property rights pass from the rightholder to the purchaser in the physical support of the copy of the program, and the purchaser is free to dispose of that tangible property in any way he chooses, except that he may not offer it for rental or licensing. He may, however, lend, give or otherwise dispose of the physical support.

The intellectual property rights of the author in the program contained in that physical support remain unchanged by any of the above transactions. His interests in the intellectual property are only affected when the sold copy is offered for rental, because the act of rental is a form of distribution which would be in direct competition with

other forms of exploitation, such as sale of copies, and would therefore prejudice the rightholder's ability to control the normal exploitation of his work."

---

31 – Vgl. Urteil Metronome Musik.

---

32 – Vgl. Urteil vom 17. April 2008, Peek & Cloppenburg (C-456/06, Slg. 2008, I-2731).

---

33 – Vgl. in diesem Sinne Dusollier, S., *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique – Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres*, Larcier, Brüssel, 2007, Nrn. 529 und 530. Dieser Autor stuft den Vorgang als „komplexes Vertragskonstrukt" ein, das sich in einen Kaufvertrag über den Träger oder die Erbringung von Dienstleistungen, wenn es sich um ein Herunterladen oder um eine Fernnutzung handelt, und einen Lizenzvertrag über das Urheberrecht an dem im Träger verkörperten oder durch den Datenvektor übertragenen Werk aufspalten lässt.

---

34 – Vgl. S. 18 dieses Berichts.

---

35 – Hervorhebung nur hier.

---

36 – Randnr. 30 und die dort angeführte Rechtsprechung.

---

37 – Vgl. 15. Erwägungsgrund dieser Richtlinie.

---

38 – Ich vermag nicht zu erkennen, inwiefern sich aus dieser Entscheidung, die grafische Benutzeroberflächen betrifft, folgern ließe, dass das Recht der Zugänglichmachung nach Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 auf Computerprogramme anwendbar wäre, wo doch der Gerichtshof gerade festgestellt hat,

dass grafische Benutzeroberflächen keine Ausdrucksform eines Computerprogramms darstellen.

---

39 – Siehe Nr. 69 der vorliegenden Schlussanträge.

---

40 – Hervorhebung nur hier.

---

41 – Vgl. in diesem Sinne 18. Erwägungsgrund der Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“) (ABl. L 178, S. 1).

---

42 – Vgl. in diesem Sinne Urteile vom 23. April 2002, Boehringer Ingelheim u. a. (C-143/00, Slg. 2002, I-3759, Randnr. 28), und vom 4. Oktober 2011, Football Association Premier League u. a. (C-403/08 und C-429/08, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 106 und die dort angeführte Rechtsprechung).

---

43 – Urteil Football Association Premier League u. a. (Randnrn. 106 bis 109 und die dort angeführte Rechtsprechung).

---

44 – Ebd., Randnrn. 115 und 116.

---

45 – Im Übrigen ist zu bemerken, dass die Kommission in ihrer Mitteilung an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen vom 11. Januar 2012 **über einen kohärenten Rahmen zur Stärkung des Vertrauens in den digitalen Binnenmarkt für elektronischen Handel und Online-Dienste (KOM[2011] 942 endg.) darauf hinweist, dass sie „**über die rasche und ehrgeizige Umsetzung der europäischen Strategie zum Schutz geistigen Eigentums wachen [wird], insbesondere durch … die Überarbeitung der [Richtlinie 2001/29]“ (vgl. Nr. 2 der Hauptmaßnahmen, S. 8).