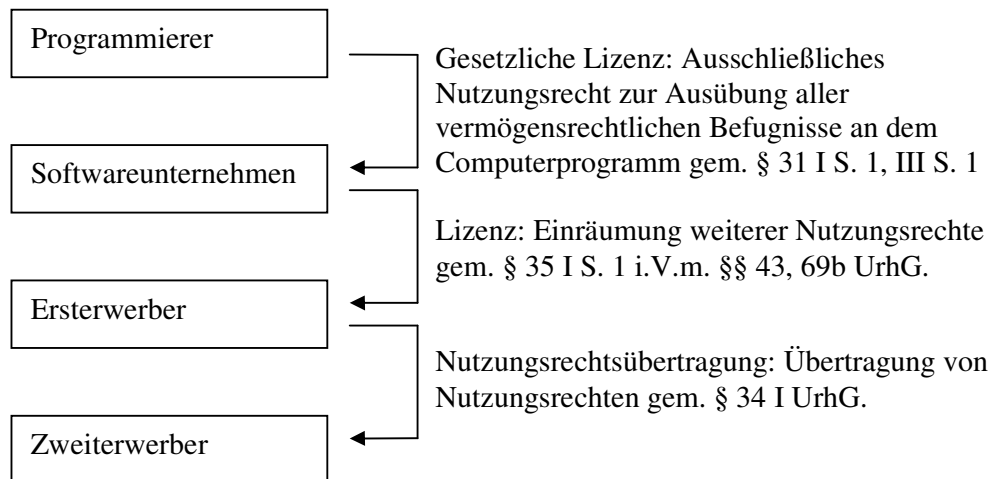


## Grundlagen der Nutzungsrechtsübertragung an urheberrechtlich geschützten Computerprogrammen durch den Lizenznehmer

Computerprogramme im Sinne des § 69a UrhG sind urheberrechtlich geschützte Sprachwerke. Daher bedarf nicht nur die Benutzung von Computerprogrammen der Erlaubnis, sondern auch deren Weitergabe muss gestattet sein. In diesem Beitrag werden die Möglichkeiten der Übertragung von Nutzungsrechten an Computerprogrammen durch einen Lizenznehmer an einen Dritten untersucht. Dabei erfolgt keine erschöpfende Darstellung und Entscheidung sämtlicher Erwägungen und Streitfragen, sondern vielmehr eine grundlegende Analyse ausgewählter Aspekte der geltenden Rechtslage.

### A. Vorüberlegungen

Wenn ein Lizenznehmer (im Folgenden als Ersterwerber bezeichnet) sein Nutzungsrecht an einem Computerprogramm an einen Dritten (im Folgenden als Zweiterwerber bezeichnet) übertragen möchte, muss er das Nutzungsrecht zunächst selbst erworben haben. Der Nutzungsrechtserwerb ist Grundvorausset-



zung für die Nutzungsrechtsübertragung. Ob der Ersterwerber Nutzungsrechtsinhaber an einem Computerprogramm geworden ist, hängt wiederum davon ab, ob der Lizenzgeber (im Folgenden als Softwareunternehmen bezeichnet) ein entsprechendes Nutzungsrecht von seinen angestellten oder dienstverpflichteten Urhebern (im Folgenden als Programmierer bezeichnet) eingeräumt bekommen hat (I.) und dieses an den Ersterwerber weiter eingeräumt hat (II.). Wenn das der Fall ist und die entsprechenden Voraussetzungen vorliegen, dann kann der Ersterwerber das Nutzungsrecht an den Zweiterwerber übertragen (III.).

### **I. Nutzungsrechtseinräumung der Programmierer an das Softwareunternehmen**

Bei der Nutzungsrechtseinräumung der Programmierer an das Softwareunternehmen ist zu berücksichtigen, dass das Urheberrecht am Computerprogramm nicht von der Person der Programmierer trennbar ist und somit nicht Gegenstand des Rechtsverkehrs sein kann.<sup>1</sup> Allerdings können die Programmierer dem Softwareunternehmen ein Nutzungsrecht an dem von ihnen geschaffenen Computerprogramm einräumen.<sup>2</sup> Ein Nutzungsrecht ist das Recht, das Werk auf einzelne oder alle Nutzungsarten zu nutzen.<sup>3</sup> Somit können die Programmierer dem Softwareunternehmen vermögensrechtliche Befugnisse im Umfang ihrer Verwertungsrechte einräumen. Erstellen die Programmierer das Computerprogramm als Arbeitnehmer oder Dienstverpflichtete in Wahrnehmung ihrer Aufgaben oder nach den Anweisungen des Softwareunternehmens, erwirbt dieses daran ein Nutzungsrecht nach § 69b UrhG. Der Erwerb des Nutzungsrechts wird in Rechtsprechung und Literatur als derivativer Erwerbstatbestand im Sinne einer gesetzlichen Lizenz eingeordnet.<sup>4</sup> Das Softwareunternehmen wird dadurch Inhaber des ausschließlichen Nutzungsrechts nach § 31 I S. 1, III S. 1 UrhG zur Ausübung aller vermögensrechtlichen Befugnisse an dem Computerprogramm.<sup>5</sup> Abgesehen von diesem gesetzlich vorgegebenen Nutzungsumfang lässt der Wortlaut des § 69b UrhG es jedoch auch ausdrücklich zu, dass das Softwareunternehmen mit den Programmierern abweichende Parteivereinbarungen trifft.

---

<sup>1</sup> Vgl. § 29 I UrhG.

<sup>2</sup> Vgl. §§ 29 II, 31, 35 UrhG.

<sup>3</sup> Vgl. § 31 I S. 1 UrhG.

<sup>4</sup> BGH GRUR 2001, 155 (157) – *Wetterführungspläne I*; Grützmacher in Wandtke/Bullinger, § 69b, Rn. 1; Lehmann in Ders., Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, Kap. I A, Rn. 9; Loewenheim in Schricker, § 69b, Rn. 11; Sack in UFITA 121 (1993), 15 (24); Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 271.

<sup>5</sup> BGH GRUR 2001, 155 (157) – *Wetterführungspläne I*; Hoeren, IT-Vertragsrecht, Rn. 60; Loewenheim in Schricker, § 69b, Rn. 11.

## II. Nutzungsrechtseinräumung vom Softwareunternehmen an den Ersterwerber

Als Inhaber des ausschließlichen Nutzungsrechts hat das Softwareunternehmen das Recht, dem Ersterwerber ein weiteres Nutzungsrecht am Computerprogramm einzuräumen. Für die weitere Nutzungsrechtseinräumung an Werken angestellter oder dienstverpflichteter Urheber ist grundsätzlich deren Zustimmung einzuholen.<sup>6</sup> Im Fall der Erstellung eines Computerprogramms durch angestellte oder dienstverpflichtete Programmierer wird dieser Grundsatz jedoch durch die Spezialvorschrift § 69b UrhG verdrängt. Diese räumt in Ermangelung einer anderweitigen Vereinbarung die vermögensrechtlichen Befugnisse an dem Computerprogramm ausschließlich dem Softwareunternehmen ein. Aus diesem Grund hält eine überwiegende Literaturmeinung den Zustimmungsvorbehalt für unanwendbar.<sup>7</sup> In Abweichung davon hat der BGH in einem Fall der Nutzungsrechtsübertragung allerdings auch schon die Zustimmung der Programmierer für erforderlich erachtet.<sup>8</sup> Vor dem Hintergrund, dass die Programmierer nicht mehr zur Ausübung der vermögensrechtlichen Befugnisse berechtigt sind, ist deren Zustimmung jedoch nur aus urheberpersönlichkeitsrechtlichen Gründen denkbar. Ferner können die Programmierer auch durch Vertrag ihre Urheberpersönlichkeitsrechte dem Softwareunternehmen zur Ausübung überlassen.<sup>9</sup> Jedenfalls in diesen Fällen wird das Softwareunternehmen den Ersterwerbern weitere Nutzungsrechte nach § 35 I S. 1 i.V.m. §§ 43, 69b UrhG zustimmungsfrei einräumen können.

## III. Nutzungsrechtsübertragung vom Ersterwerber auf den Zweiterwerber

Von zentraler Bedeutung für die Nutzungsrechtsübertragung vom Ersterwerber auf den Zweiterwerber ist die Frage, ob dafür die Zustimmung der Programmierer oder des Softwareunternehmens erforderlich ist. Nach dem Wortlaut des § 34 I S. 1 UrhG, wäre die Zustimmung der Programmierer einzuholen. Von der Literatur wird jedoch eine teleologische Reduktion des Zustimmungsvorbehalts befürwortet.<sup>10</sup> Eine Zustimmung der Programmierer zur Übertragung ist danach

---

<sup>6</sup> Vgl. § 43 i.V.m. §§ 31 III S. 1 und 3, 35 I S. 1 UrhG.

<sup>7</sup> *Bartenbach/Gennen* in Moll, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, Rn. 239; *Czychowski* in Fromm/Nordemann, § 69b, Rn. 14; *Dreier* in Ders./Schulze, § 69b, Rn. 9; *Grützmaker* in Wandtke/Bullinger, § 69b, Rn. 18; *Haberstumpf* in Mestmäcker/Schulze, § 69b, Rn. 19; *Joppich* in K&R 2003, 211 (216); *Kotthoff* in Dreyer/Ders./Meckel, § 69b, Rn. 11; *Loewenheim* in Schrickler, § 69b, Rn. 12.

<sup>8</sup> BGH GRUR 2005, 860 (862) – *Fash 2000*.

<sup>9</sup> Vgl. OLG Hamm ZUM-RD 2008, 8 (15); *Bullinger* in Wandtke/Ders., § 12, Rn. 2; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 564; *Schulze* in Dreier/Ders., Vor. § 12, Rn. 12.

<sup>10</sup> Vgl. *Czychowski* in Fromm/Nordemann, § 69c, Rn. 24; *Grützmaker* in CR 2007, 549 (553); *Ders.* in Wandtke/Bullinger, § 69a, Rn. 70; *Pres*, Gestaltungsformen urheberrechtlicher Softwarelizenzverträge, S. 224 f.

deswegen nicht erforderlich, weil der Zustimmungsvorbehalt den Schutz der Urheberpersönlichkeitsrechte bezweckt und diese bei Computerprogrammen nur in geringem Maße zum Ausdruck kommen.<sup>11</sup> Dass der Schutz der Persönlichkeitsrechte der Urheber der Grund für den Zustimmungsvorbehalt zur Nutzungsrechtsübertragung ist, lässt sich auch durch die Entstehungsgeschichte des geltenden Urheberrechts belegen.<sup>12</sup> Aufgrund des geringen urheberpersönlichkeitsrechtlichen Gehalts kommt es für die Nutzungsrechtsübertragung an Computerprogrammen grundsätzlich somit nicht auf die Zustimmung der Programmierer an. Lediglich wenn die Nutzungsrechtsübertragung ausnahmsweise das Urheberpersönlichkeitsrecht berührt, ist der Zustimmungsvorbehalt des § 34 I S. 1 UrhG nicht teleologisch zu reduzieren. Auch in diesem Fall dürfen die Programmierer ihre Zustimmung jedoch nach § 34 I S. 2 UrhG nicht wider Treu und Glauben verweigern. Im Übrigen kann das Softwareunternehmen mit den Programmierern auch vereinbaren, dass diese ihren Zustimmungsvorbehalt bei Nutzungsrechtsübertragungen durch den Ersterwerber nicht geltend machen.

Aufgrund des geringen urheberpersönlichkeitsrechtlichen Gehalts wird die Zustimmungserteilung der Programmierer zur Nutzungsrechtsübertragung nach § 34 I S. 1 UrhG fast immer entbehrlich sein.<sup>13</sup> Jedoch ist zu überlegen, ob es möglicherweise auf die Zustimmung des Softwareunternehmens ankommt. § 34 I S. 1 UrhG regelt seinem Wortlaut nach nur die Zustimmung durch den Urheber, nicht jedoch die Zustimmung durch den Inhaber der vermögensrechtlichen Befugnisse. Man könnte das Softwareunternehmen jedoch zur Zustimmungserteilung berechtigt ansehen, wenn man in dem Zustimmungsvorbehalt nicht nur die Absicherung der Urheberpersönlichkeitsrechte sieht, sondern dessen Zweck auch auf den Schutz der Verwertungsrechte erweitert.<sup>14</sup> Ein solcher umfassende Schutzzweck des Zustimmungsvorbehalts wird von den Befürwortern dieser Ansicht aus dem monistischen Charakter des Urheberrechts als untrennbarer Einheit aus persönlichkeitsrechtlichen und verwertungsrechtlichen Elementen hergeleitet.<sup>15</sup> Da die Ausübung der vermögensrechtlichen Befugnisse nach § 69b UrhG dem Softwareunternehmen zusteht, folgt daraus somit dessen Berechtigung zur Zustimmungserteilung. Dementsprechend halten Teile der Rechtsprechung und Literatur insoweit die Zustimmung des Software-

---

<sup>11</sup> Grützmacher in Wandtke/Bullinger, § 69a, Rn. 70.

<sup>12</sup> Vgl. BT Drucksache IV/270, S. 56.

<sup>13</sup> Vgl. Berger, Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen, S. 371 f.; Herzog in ZUM 2009, 71 (72).

<sup>14</sup> Vgl. OLG Frankfurt CR 1998, 525 (526) – *Software-Innovation*; Berger in Festschrift für Schrickler zum 70. Geburtstag, S. 224; von Gamm, § 34, Rn. 10; Haberstumpf in CR 2009, 345 (348); Jan Bernd Nordemann in Fromm/Nordemann, § 34, Rn. 2; Schrickler in Ders. § 34, Rn. 2; Schulze in Dreier/Ders., § 34, Rn. 1; Wandtke/Grunert in Wandtke/Bullinger, § 34, Rn. 7.

<sup>15</sup> Berger in Festschrift für Schrickler zum 70. Geburtstag, S. 224.

unternehmens für maßgeblich.<sup>16</sup> Teilweise wird hingegen der Zweck des Zustimmungsvorbehalts auf den Schutz der Urheberpersönlichkeitsrechte beschränkt und § 34 UrhG zu Gunsten des Softwareunternehmens für unanwendbar erachtet.<sup>17</sup> Im Folgenden wird jedoch von der Berechtigung des Softwareunternehmens zur Zustimmungserteilung ausgegangen.

## **B. Nutzungsrechtsübertragung vom Ersterwerber auf den Zweiterwerber**

Auf die Entscheidung dieser Frage wird es letztlich auch nicht ankommen, wenn das Softwareunternehmen – wie zumeist – im Softwarelizenzvertrag mit dem Ersterwerber einen Zustimmungsvorbehalt für Nutzungsrechtsübertragungen vereinbart hat. Softwareunternehmen und Ersterwerber können nämlich die Bedingungen einer Nutzungsrechtsübertragung grundsätzlich entsprechend ihrer Vorstellungen frei vereinbaren. Dies lässt sich entweder aus § 34 V S. 2 UrhG herleiten, wonach nur der vorige Verzicht auf das Rückrufsrecht sowie der Verzicht auf die gesamtschuldnerische Haftung nicht möglich sind, oder wenn man die Anwendung des § 34 UrhG zugunsten des Softwareunternehmens ablehnt, aus dem allgemeinen Grundsatz der Vertragsfreiheit. Unter welchen Voraussetzungen die Nutzungsrechtsübertragung des Ersterwerbers auf den Zweiterwerber möglich ist, hängt somit in jedem Fall zunächst von den Parteivereinbarungen zwischen Softwareunternehmen und Ersterwerber ab (I.). Lediglich wenn keine entsprechenden Parteivereinbarungen vorliegen, kommt es auf die gesetzliche Rechtslage an (II.).

## **I. Rechtslage bei Parteivereinbarungen zwischen Softwareunternehmen und Ersterwerber**

In Softwarelizenzverträgen finden sich regelmäßig Parteivereinbarungen zur Verbreitung des lizenzierten Computerprogramms. So kann zum Beispiel bestimmt sein, dass der Ersterwerber nicht berechtigt ist, das Computerprogramm Dritten zu überlassen. Von diesen auf die Überlassung des Computerprogramms als solchem bezogenen Verbreitungsbeschränkungen, sind die Nutzungsrechtsübertragungsbeschränkungen zu unterscheiden. Letztere beziehen sich auf das Recht zur Übertragung des Nutzungsrechts am Computerprogramm und ergeben sich beispielsweise daraus, dass das Softwareunternehmen dem

---

<sup>16</sup> LG München I CR 2007, 356 (358) – 7 O 7061/06; OLG München ZUM 2009, 70 (71) – 6 U 2759/07; Herzog in ZUM 2009, 71 (72).

<sup>17</sup> Vgl. Grützmacher in Wandtke/Bullinger, § 69a, Rn. 70.

Ersterwerber ein nicht übertragbares Nutzungsrecht einräumt oder die Übertragung der Lizenz ausschließt.

In vielen Softwarelizenzverträgen wird oftmals nicht zwischen Verbreitungs- und Nutzungsrechtsübertragungsbeschränkungen unterschieden. In diesem Fall ist durch Auslegung zu ermitteln, um welche Art von Parteivereinbarung es sich handelt. Dies kann zu dem Ergebnis führen, dass entweder eine Verbreitungs- oder eine Nutzungsrechtsübertragungsbeschränkung vorliegt. Die Auslegung kann jedoch auch ergeben, dass sowohl die Nutzungsrechtsübertragung als auch die Verbreitung beschränkt wurde. Dies ist zum Beispiel der Fall, wenn bestimmt ist, dass das Computerprogramm und alle Nutzungsrechte nicht an Dritte übertragen werden können. Im Folgenden werden zunächst die Verbreitungsbeschränkungen (1.) und dann die Nutzungsrechtsübertragungsbeschränkungen (2.) behandelt.

## 1. Verbreitungsbeschränkungen

Aufgrund der umfassenden Zuordnung der vermögensrechtlichen Befugnisse zum Softwareunternehmen ist dieses auch zur Verbreitung des Computerprogramms berechtigt.<sup>18</sup> Das Softwareunternehmen hat das ausschließliche Recht, jede Form der Verbreitung vorzunehmen oder zu gestatten.<sup>19</sup> Entsprechend finden sich in vielen Softwarelizenzverträgen Verbreitungsbeschränkungen, wonach dem Ersterwerber die Verbreitung des Computerprogramms gänzlich verboten, nur mit Zustimmung des Softwareunternehmens oder nur bei Anerkennung der Lizenzvertragsbedingungen durch den Zweiterwerber erlaubt wird. Zur Ermittlung der Reichweite des Verbreitungsrechts des Softwareunternehmens kommt es zunächst auf den Begriff der Verbreitung an.

### a) Begriff der Verbreitung

Der Begriff der Verbreitung ist bei Computerprogrammen genauso zu verstehen, wie bei anderen Werkarten.<sup>20</sup> Danach betrifft die Verbreitung das Recht, das Original oder Vervielfältigungsstücke des Werkes der Öffentlichkeit anzubieten oder in Verkehr zu bringen. Ein Anbieten liegt dabei nicht nur bei Anträgen nach §§ 145 ff. BGB vor, sondern kommt bereits bei Werbemaßnahmen in Betracht.<sup>21</sup> Unter einem Inverkehrbringen ist jede Handlung zu verstehen, die die Vervielfältigungsstücke aus der internen Betriebssphäre der allgemeinen Öffentlichkeit

---

<sup>18</sup> S.o.: 0.

<sup>19</sup> Vgl. § 69c Nr. 3 S. 1 UrhG.

<sup>20</sup> Vgl. §§ 17, 69c Nr. 3 UrhG; *Dreier* in *Ders./Schulze*, § 69c, Rn. 20; *Kotthoff* in *Dreyer/Ders./Meckel*, § 69c, Rn. 18; *Loewenheim* in *Schricker*, § 69c, Rn. 21.

<sup>21</sup> *Heerma* in *Wandtke/Bullinger*, § 17, Rn. 7; *Kroitzsch* in *Möhring/Nicolini*, § 17, Rn. 11.

des Handelsverkehrs zuführt.<sup>22</sup> Zur Öffentlichkeit gehört jeder, der nicht mit demjenigen, der das Werk verwertet, oder mit den anderen Personen, denen das Werk in unkörperlicher Form wahrnehmbar oder zugänglich gemacht wird, durch persönliche Beziehungen verbunden ist. Diese Legaldefinition der Öffentlichkeit in § 15 III S. 2 UrhG beansprucht auch Maßgeblichkeit für den Begriff der Verbreitung.<sup>23</sup>

### aa) Konzerinterne Weitergabe

Für die Frage des Inverkehrbringens ist es nach der Rechtsprechung des EUGH und des BFH bedeutungslos, ob Rechtsinhaber und Lizenznehmer demselben Konzern angehören.<sup>24</sup> Jedoch stellt nach der überwiegenden Auffassung in Rechtsprechung und Literatur die konzerninterne Überlassung von urheberrechtlich geschützten Werken keine Verbreitung dar.<sup>25</sup> In diesem Fall findet nämlich keine Verwertung auf dem freien Markt statt.<sup>26</sup> Danach kann der Ersterwerber dem Zweiterwerber ein Computerprogramm ohne Zustimmung des Softwareunternehmens überlassen, wenn Ersterwerber und Zweiterwerber demselben Konzern angehören. Praktische Bedeutung erlangt dieses Recht bei der Restrukturierung eines Konzerns oder der Vorbereitung einer Veräußerung eines Unternehmensteils.

### bb) Online-Übermittlung

Überwiegend wird auch die unkörperliche Überlassung von Computerprogrammen mittels Online-Übermittlung nicht als Verbreitungshandlung eingeordnet.<sup>27</sup> Dies bedeutet jedoch noch nicht notwendigerweise, dass der Ersterwerber ein Computerprogramm in unkörperlicher Weise stets ohne Zustimmung des Softwareunternehmens übertragen könnte. So wird teilweise argumentiert, dass

<sup>22</sup> OLG Hamburg GRUR 1972, 375 (376) – *Polydor II*; LG Köln ZUM 2001, 714 (715 f.); *von Gamm*, § 17, Rn. 7; *Schulze* in *Dreier/Ders.*, § 17, Rn. 15.

<sup>23</sup> BGHZ 113, 159 (160) – *Einzelangebot*, *Heerma* in *Wandtke/Bullinger*, § 17, Rn. 9; *Loewenheim* in *Schricker*, § 69c, Rn. 23.

<sup>24</sup> EUGH NJW 1975, 516 (518) – *Centrafarm I*; BFH DSTR 2005, 467 (469); BFH DSTR 2005, 595 (596).

<sup>25</sup> BGH GRUR Int. 1986, 724 (725) – *Gebührendifferenz IV*; BGH GRUR 2004, 421 (424) – *Tonträgerpiraterie durch CD-Export*; BGH GRUR 2007, 691 (692, Rn. 27) – *Staatsgeschenk*; OLG Hamburg GRUR Int. 1970, 377 (379) – *Polydor I*; *Dustmann* in *Fromm/Nordemann*, § 17, Rn. 13; *Loewenheim* in *Schricker*, § 17 Rn. 38; *Schmid/Wirth* in *Ders./Ders./Seifert*, § 17, Rn. 2; *Schulze* in *Dreier/Ders.*, § 17, Rn. 9; a.A.: *Grützmaker* in *Wandtke/Bullinger*, § 69c, Rn. 27.

<sup>26</sup> *Loewenheim* in *Schricker*, § 17, Rn. 38.

<sup>27</sup> *Czychowski* in *Fromm/Nordemann*, § 69c, Rn. 26; *Dreier* in *Ders./Schulze*, § 69c, Rn. 20; *Flehsig/Fischer* in *ZUM* 1996, 833 (836); *Grützmaker* in *Wandtke/Bullinger*, § 69c, Rn. 29; *Hoeren* in *Kilian/Heussen*, Kap. 141, Rn. 12; *Kroitzsch* in *Möhring/Nicolini*, § 17, Rn. 9; *Loewenheim* in *Schricker* § 69c, Rn. 25; a.A.: *Mäger* in *CR* 1996, 522 (524).

bei der Online-Übermittlung eine öffentliche Wiedergabe eines Computerprogramms vorliegt, die vom Zustimmungsvorbehalt des Rechts der öffentlichen Wiedergabe nach § 69c Nr. 4 UrhG erfasst wird.<sup>28</sup> Gegen die Einschlägigkeit dieses Zustimmungsvorbehalts wird vorgebracht, dass es nicht darum geht, das Werk vorzuführen, sondern vielmehr dem Zweiterwerber eine Kopie zu verschaffen.<sup>29</sup> Unabhängig von der Befürwortung oder Ablehnung einer öffentlichen Wiedergabe kann sich die Zustimmung des Softwareunternehmens auch daraus ergeben, dass die Online-Übermittlung mit der Anfertigung von Vervielfältigungen des Computerprogramms verbunden ist, so dass sich ein Zustimmungsvorbehalt des Softwareunternehmens aus dem Vervielfältigungsrecht nach § 69c Nr. 1 S. 2 UrhG ergibt.

## **b) Erschöpfung des Verbreitungsrechts**

Wenn das Computerprogramm durch das Softwareunternehmen selbst oder durch einen Dritten mit Gestattung des Softwareunternehmens veräußert wurde, kann sich aus der Erschöpfung des Verbreitungsrechts die Unbeachtlichkeit der Verbreitungsbeschränkung ergeben. Wenn nämlich ein Vervielfältigungsstück eines Computerprogramms mit Zustimmung des Softwareunternehmens im Gebiet der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum im Wege der Veräußerung in Verkehr gebracht wurde, erschöpft sich nach § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG für dieses Gebiet das Recht zur Verbreitung des Vervielfältigungsstücks mit Ausnahme des Vermietrechts.

### **aa) Übergabe auf Datenträger**

Das Verbreitungsrecht ist erschöpft, wenn das Softwareunternehmen oder ein Dritter mit Gestattung des Softwareunternehmens das Computerprogramm in körperlicher Form auf einem Datenträger – also etwa einer DVD oder einer Festplatte in einem Computer – veräußert hat. Entscheidend für das Vorliegen einer Veräußerung ist, dass der Veräußerer sich endgültig der Verfügungsmöglichkeit über den Datenträger begeben hat.<sup>30</sup> Indizien dafür sind die zeitlich unbegrenzte Nutzungsrechtseinräumung am Computerprogramm sowie die Vereinbarung eines einmaligen Entgelts.<sup>31</sup> Wenn der Nutzungsrechtseinräumung zwischen Softwareunternehmen und Ersterwerber schuldrechtlich ein Kauf, ein Tausch

---

<sup>28</sup> *Dreier* in Ders./Schulze, § 69c, Rn. 20; *Grützmaker* in Wandtke/Bullinger, § 69c, Rn. 1; *Loewenheim* in Schricker § 69c, Rn. 25.

<sup>29</sup> *Mäger* in CR 1996, 522 (524).

<sup>30</sup> *Dustmann* in Fromm/Nordemann, § 17, Rn. 29; *Heerma* in Wandtke/Bullinger, § 17, Rn. 14; *Loewenheim* in Schricker, § 17, Rn. 39.

<sup>31</sup> *Koch*, Computervertragsrecht, Rn. 798; *Malzer*, Der Softwarevertrag, S. 66 f.



oder eine Schenkung zugrunde liegt, spricht dies für die Endgültigkeit der Nutzungsrechtseinräumung. Handelt es sich hingegen um eine Miete oder Leihe, deutet dies auf eine zeitweise Nutzungsrechtseinräumung hin.<sup>32</sup> In diesen Fällen tritt keine Erschöpfung des Verbreitungsrechts ein.

## bb) Online-Übermittlung

Ob der Erschöpfungsgrundsatz auch dann eingreift, wenn der Ersterwerber das Computerprogramm vom Softwareunternehmen durch Online-Übermittlung erhalten hat, wird in der Literatur uneinheitlich beurteilt.<sup>33</sup> Die Rechtsprechung beschäftigt diese Fragestellung vor allem im Zusammenhang mit der gewerblichen Weiterveräußerung von Computerprogrammen.<sup>34</sup> Die Diskussion findet vor dem Hintergrund statt, dass der Ersterwerber, der das Computerprogramm durch Online-Übermittlung erhalten hat, keine vom Softwareunternehmen erhaltene Programmkopie weiterverbreitet, sondern notwendigerweise eine neue Programmkopie anfertigen muss. Möglicherweise fertigt sich der Zweiterwerber die Kopie auch selbst an, etwa wenn er bereits im Besitz einer Programmkopie ist, weil er das Computerprogramm schon zuvor vom Softwareunternehmen bezogen hatte, oder wenn er durch den Ersterwerber in die Lage versetzt wird, sich das Computerprogramm selbst vom Server des Softwareunternehmens herunter zu laden. Schließlich ist auch denkbar, dass der Zweiterwerber überhaupt keine Programmkopie benötigt, zum Beispiel wenn er das Computerprogramm bereits auf einem Großrechner (Mainframe) installiert hat und den neuen Nutzern lediglich Zugang dazu gewähren muss. In letzterem Fall fehlt es vollständig an einem körperlichen Anknüpfungspunkt für die Erschöpfung und es stellt sich letztlich die Frage, ob man die vom Softwareunternehmen eingeräumten Nutzungsrechte selbst als Vervielfältigungsstück eines Computerprogramms nach

---

<sup>32</sup> *Haberstumpf*, Handbuch des Urheberrechts, Rn. 255; *Royla/Gramer* in CR 2005, 154 (155).

<sup>33</sup> Für eine Erschöpfung des Verbreitungsrechts: *Berger* in GRUR 2002, 198 (199); *Dreier* in Ders./Schulze, § 69c, Rn. 24; *Hoeren* in CR 2006, 575 (575); *Grützmaker* in Wandtke/Bullinger, § 69c, Rn. 31; *Knies* in GRUR Int. 2002, 314 (316); *Philipp Koehler*, Der Erschöpfungsgrundsatz des Urheberrechts im Online-Bereich, S. 72; *Kotthoff* in Dreyer/Ders./Meckel, § 69c, Rn. 25; *Mäger* in CR 1996, 522 (526).

Dagegen: *Bergmann* in Festschrift für Erdmann, S. 28; *Bräutigam* in MMR 2009 545 (546); *Czychowski* in Fromm/Nordemann, § 69c, Rn. 17; *Ganea* in GRUR Int. 2005, 102 (106 f.); *Haberstumpf* in Mestmäcker/Schulze, § 69c, Rn. 14; *Heydn/Schmidl* in K&R 2006, 74 (77); *Jaeger* in Hilty/Peukert, S. 54; *Koch* in CR 2002, 629 (631); *Loewenheim* in Schricker, § 69c, Rn. 33; *Schack* in GRUR 2007, 639 (644); *Spindler* in CR 2008, 69 (70 f.).

<sup>34</sup> Für eine Erschöpfung des Verbreitungsrechts (Microsoft): LG Hamburg MMR 2006, 827 (828 f.) – 315 O 343/06; LG München I MMR 2008, 563 (565) – 30 O 8684/07.

Dagegen (Microsoft): OLG Frankfurt MMR 2009, 544 (545) – 11 W 15/09; Dagegen (Oracle): LG München I MMR 2006, 175 (177) – 7 O 23237/05; OLG München CR 2006, 655 (655) – 6 U 1818/06; LG München I CR 2007, 356 (358 ff.) – 7 O 7061/06; OLG München ZUM 2009, 70 (71) – 6 U 2759/07; Revision nicht zugelassen, aber Nichtzulassungsbeschwerde beim BGH unter Aktenzeichen I ZR 129/08; Dagegen (A.O.-Version): OLG Düsseldorf – I-20 U 247/08.

§ 69c Nr. 3 S. 2 UrhG ansehen sollte.<sup>35</sup> Als Folge daraus würde sich ergeben, dass die Erschöpfungswirkung nicht nur auf die Verbreitung beschränkt bliebe, sondern sich auch auf die Nutzungsrechtseinräumung ausdehnen würde.<sup>36</sup>

Der Wortlaut des § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG umfasst die genannten Sachverhalte wohl nicht. Die Erschöpfung des Verbreitungsrechts tritt nämlich nur hinsichtlich des mit Zustimmung des Softwareunternehmens veräußerten Vervielfältigungsstücks ein, nicht aber hinsichtlich eines von Erst- oder Zweiterwerber ohne Zustimmung des Softwareunternehmens neu erstellten Vervielfältigungsstücks.<sup>37</sup> Auch erfasst der Wortlaut des § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG erst recht nicht den Fall, dass die Erschöpfung hinsichtlich der Nutzungsrechtseinräumung völlig unabhängig von jeglichem Vervielfältigungsstück eintritt. Daher kommt eine Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes nur im Wege der Analogie in Betracht. Dafür müsste eine planwidrige Regelungslücke sowie eine gleichgerichtete Interessenlage vorliegen. Gegen die Planwidrigkeit der Regelungslücke spricht, dass § 69c UrhG die Richtlinie 2001/29/EG umsetzt, deren Erwägungsgrund Nr. 29 bestimmt, dass sich „[d]ie Frage der Erschöpfung [...] weder bei Dienstleistungen allgemein noch bei Online-Diensten im Besonderen [stellt]“.<sup>38</sup> Wenn man daher die Online-Übermittlung als Online-Dienst einordnet, kommt eine Erschöpfung in diesen Fällen somit nicht in Betracht. Sieht man die Online-Übermittlung hingegen nicht als Online-Dienst an und befürwortet eine planwidrige Regelungslücke, ist die gleichgerichtete Interessenlage im Hinblick auf Sinn und Zweck des Erschöpfungsgrundsatzes zu ermitteln. Unter Zugrundelegung des Zwecks des Erschöpfungsgrundsatzes als Konfliktlösung zwischen der Verkehrsfähigkeit von Sacheigentum und dem Recht zur Verbreitung des mit dem Sacheigentum gleichzeitig übertragenen urheberrechtlich geschützten Werks, erscheint dessen Anwendung im Fall der Online-Übermittlung von Computerprogrammen zweifelhaft.<sup>39</sup> Denn in den vorerwähnten Fällen wird überhaupt kein Sacheigentum an den Ersterwerber übertragen.

### c) Dingliche Unwirksamkeit als rechtsgeschäftliches Verfügungsverbot

Verbreitungsbeschränkungen sind als rechtsgeschäftliche Verfügungsverbote nach § 137 S. 1 BGB dinglich unwirksam.<sup>40</sup> Nach dieser Vorschrift kann die Ver-

---

<sup>35</sup> Für eine Einordnung des Nutzungsrechts als Vervielfältigungsstück eines Computerprogramms: LG Hamburg MMR 2006, 827 (828 ff.) – 315 O 343/06; LG München I MMR 2008, 563 (563 ff.) – 30 O 8684/07.

Dagegen: OLG Frankfurt MMR 2009, 544 (545) – 11 W 15/09.

<sup>36</sup> S.u.: 0.

<sup>37</sup> Vgl. *Hoppen* in CR 2007, 129 (133).

<sup>38</sup> Vgl. Erwägungsgrund Nr. 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, BT Drucksache XV/38, S. 15.

<sup>39</sup> Vgl. BT Drucksache IV/270, S. 48.

<sup>40</sup> *Mäger* in CR 1996, 522 (523); *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 1036.

fügung über ein veräußerliches Recht nämlich nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden. Das wäre jedoch der Fall, wenn der Ersterwerber ein ihm vom Softwareunternehmen veräußertes Computerprogramm nicht weiterverbreiten könnte. Somit kann der Ersterwerber nicht mit dinglicher Wirkung gehindert werden, den ihm vom Softwareunternehmen veräußerten Datenträger, mit dem darauf enthaltenen Computerprogramm, weiter zu veräußern. Unabhängig davon ist zu beachten, dass der Ersterwerber nach § 137 S. 2 BGB in wirksamer Weise schuldrechtlich dazu verpflichtet werden kann, Verfügungen über veräußerliche Rechte zu unterlassen. Allerdings können solche schuldrechtlichen Verbreitungsbeschränkungen wiederum nach dem Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam sein.

#### **d) Vereinbarkeit mit dem Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen**

Im Hinblick auf ihre schuldrechtliche Wirksamkeit sind Verbreitungsbeschränkungen dementsprechend am Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen zu messen. Nach § 307 II Nr. 1 BGB sind von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung abweichende Vertragsbestimmungen im Zweifel als unangemessene Benachteiligung unwirksam. Vor diesem Hintergrund können Verbreitungsbeschränkungen als wesentliche Abweichung vom Erschöpfungsgrundsatz nach § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG einzuordnen sein.<sup>41</sup> Dieser gewährt nämlich das unbeschränkte Verbreitungsrecht, wenn das Computerprogramm im Wege der Veräußerung in Verkehr gebracht wurde, also eine Verbreitung auf Basis eines Kaufs, eines Tauschs oder einer Schenkung vorliegt. Liegt hingegen keine Veräußerung vor, wäre der Erschöpfungsgrundsatz nicht einschlägig und eine Unwirksamkeit des Verbreitungsrechts wegen Abweichung vom gesetzlichen Leitbild der Erschöpfung kommt nicht in Betracht.

Für die Inhaltskontrolle nach § 307 II Nr. 2 BGB – wonach eine zur Unwirksamkeit führende unangemessene Benachteiligung im Zweifel anzunehmen ist, wenn wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so eingeschränkt werden, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist – kommt es ebenfalls auf den schuldrechtlichen Charakter des Softwarelizenzvertrags an. Vor diesem Hintergrund bestehen beispielsweise Bedenken an der Wirksamkeit einer Verbreitungsbeschränkung, wenn der Verbreitung ein Kauf zugrunde liegt. Daraus ergibt sich für das Softwareunternehmen nämlich die Verpflichtung, dem Ersterwerber das Computerprogramm vollumfänglich als Eigentum zu verschaffen.<sup>42</sup> Dieser Eigentumsverschaffungspflicht könnte das Softwareunternehmen jedoch nicht nachkommen, wenn man eine Beschränkung

---

<sup>41</sup> OLG Frankfurt NJW-RR 1997, 494 (494); *Hoeren* in RDV 2005, 11 (13); *Lehmann* in NJW 1993, 1822 (1825); *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 1053.

<sup>42</sup> Vgl. § 433 I S. 1 BGB.

des Verbreitungsrechts zuliebe. Daher sind Verbreitungsbeschränkungen in kaufvertraglich ausgestalteten Softwarelizenzverträgen regelmäßig unwirksam.<sup>43</sup>

Ist in einem Softwarelizenzvertrag eine unwirksame Verbreitungsbeschränkung enthalten, bleiben die übrigen Vertragsbestimmungen grundsätzlich wirksam.<sup>44</sup> An die Stelle der unwirksamen Verbreitungsbeschränkung tritt die gesetzliche Regelung zur Verbreitung von Computerprogrammen.<sup>45</sup> Für die Zulässigkeit der Weiterverbreitung durch den Ersterwerber kommt es danach auf die Erschöpfung des Verbreitungsrechts des Softwareunternehmens an.<sup>46</sup> Sollte in den allgemeinen Geschäftsbedingungen eine salvatorische Klausel enthalten sein, wonach unwirksame Bedingungen durch wirksame Bedingungen mit gleicher wirtschaftlicher Wirkung ersetzt werden sollen, ist zu beachten, dass eine derartige geltungserhaltende teleologische Reduktion von unwirksamen Geschäftsbedingungen nicht zulässig ist. Dementsprechend sind entsprechende salvatorische Klauseln unwirksam und es bleibt bei der Anwendung der gesetzlichen Regelungen zur Verbreitung.

## 2. Nutzungsrechtsübertragungsbeschränkungen

Im Gegensatz zu anderen urheberrechtlich geschützten Werken können Computerprogramme nicht ohne urheberrechtliche Nutzungshandlungen verwendet werden. Während zum Beispiel das Lesen eines Buches keine urheberrechtlich relevante Nutzungshandlung beinhaltet, führt das notwendige Speichern von Teilen des Programmcodes für dessen Ausführung zu einer teilweisen Vervielfältigung. Daher kommt es nicht nur auf die Zulässigkeit der Verbreitung des Computerprogramms sondern auch auf Übertragung der erforderlichen Nutzungsrechte an. Ohne die Nutzungsrechte kann der Zweiterwerber das Computerprogramm nicht sinnvoll verwenden.

Grundsätzlich kann das Softwareunternehmen mit dem Ersterwerber vereinbaren, unter welchen Bedingungen eine Nutzungsrechtsübertragung zulässig sein soll. Daher finden sich in Softwarelizenzverträgen regelmäßig Nutzungsrechtsübertragungsbeschränkungen. Entsprechend der verschiedenen Formen von Verbreitungsbeschränkungen können Nutzungsrechtsübertragungsbeschränkungen zum Beispiel darauf gerichtet sein, die Nutzungsrechtsübertragung gänzlich auszuschließen, sie unter einen Zustimmungsvorbehalt zu stellen oder auch davon abhängig zu machen, dass der Zweiterwerber die Vertragsbedingungen des Softwarelizenzvertrags zwischen Softwareunternehmen und Ersterwerber anerkennt.

---

<sup>43</sup> Hoeren, Allgemeine Geschäftsbedingungen bei Internet- und Softwareverträgen, IT-Verträge, Rn. 18 ff.; Marly, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 1059.

<sup>44</sup> Vgl. § 306 I BGB.

<sup>45</sup> Vgl. § 306 II BGB.

<sup>46</sup> Vgl. § 69c I Nr. 3 S. 2 UrhG.

### a) Auswirkung der Erschöpfung des Verbreitungsrechts

Soweit die Voraussetzungen des Erschöpfungsgrundsatzes vorliegen, tritt die Erschöpfung des Verbreitungsrechts ein und der Ersterwerber kann das Computerprogramm weiterverbreiten.<sup>47</sup> Dies gilt auch dann, wenn das Softwareunternehmen die Nutzungsrechtseinräumung beschränkt vorgenommen hat.<sup>48</sup> Eine dingliche Beschränkung des Nutzungsrechts hinsichtlich der Weiterübertragung wirkt sich somit nicht dahingehend aus, dass das Softwareunternehmen die weitere Verbreitung des Computerprogramms kontrollieren könnte.<sup>49</sup> Ob jedoch auch umgekehrt die Erschöpfung des Verbreitungsrechts dazu führt, dass die Nutzungsrechtsübertragungsbeschränkung ihre Wirkung verliert, wird nicht einheitlich beurteilt.

Bei traditionellen Werken bleibt die Erschöpfungswirkung grundsätzlich auf das Verbreitungsrecht beschränkt.<sup>50</sup> Diese Auffassung wird teilweise auch für Computerprogramme vertreten.<sup>51</sup> Obwohl also eine dinglich wirksame Verbreitung möglich ist, erwirbt der Zweiterwerber nicht das Recht, das Computerprogramm zu benutzen. Es wird jedoch auch vertreten, dass der Zweiterwerber bei Erschöpfung des Verbreitungsrechts zur Nutzung des Computerprogramms berechtigt ist.<sup>52</sup> Dies wird damit begründet, dass die Nutzungsrechte akzessorisch zum Verbreitungsrecht sind, so dass der Ersterwerber berechtigt ist, dem Zweiterwerber das Nutzungsrecht zu übertragen.<sup>53</sup> Ähnlich wird teilweise auch von einer stillschweigenden Zustimmung des Softwareunternehmens zur Nutzungsrechtsübertragung ausgegangen.<sup>54</sup> Diese Ansichten dehnen die Erschöpfungswirkung somit auf die Nutzungsrechtseinräumung aus.

Dazu ist zunächst zu sagen, dass eine stillschweigende Zustimmung zur Nutzungsrechtsübertragung nur in Ausnahmefällen in Betracht kommt.<sup>55</sup> Ferner spricht die grundlegende Trennung zwischen der Verbreitung eines Werks und der Übertragung von Rechten zu dessen Nutzung gegen die Annahme einer

<sup>47</sup> S.o.: 0.

<sup>48</sup> BGH GRUR 1986, 736 (737) – *Schallplattenvermietung*; BGHZ 145, 7 (12) – *OEM-Version*.

<sup>49</sup> BGHZ 145, 7 (12) – *OEM Version*; *Lehmann* in NJW 1993, 1822 (1825).

<sup>50</sup> BGH GRUR 2005, 940 (942) – *Marktstudien*; BGHZ 144, 232 (238) – *Parfumflakon*; *Kroitzsch* in Möhring/Nicolini, § 17, Rn. 28 ff.

<sup>51</sup> BGHZ 112, 264 (277) – *Betriebssystem*; *Haberstumpf* in CR 2009, 345 (346); *Lehmann* in NJW 1993, 1822 (1825); *Loewenheim* in Schricker, § 69c, Rn. 39; *Moritz/Tybusseck*, Computersoftware, Rn. 547 f.; *Moritz* in MMR 2008, 601 (602); *Redeker*, IT-Recht, Rn. 60; *Detlef Ulmer* in ITRB 2001, 214 (216 f.); *Wiebe* in BB 1993, 1094 (1097).

<sup>52</sup> Vgl. OLG Frankfurt NJW-RR 1997, 494 (494); *Czychowski* in Fromm/Nordemann, § 69c, Rn. 24; *Grützmaker* in Wandtke/Bullinger, § 69a, Rn. 70; *Hoeren* in CR 2006, 573 (575); *von Pfeil*, Urheberrecht und Unternehmenskauf, S. 53; *Royla/Gramer* in CR 2005, 154 (155).

<sup>53</sup> Vgl. OLG Frankfurt NJW-RR 1997, 494 (494); *Royla/Gramer* in CR 2005, 154 (155).

<sup>54</sup> *Haberstumpf* in Lehmann, Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, Kap. II., Rn. 132; *Koch* in NJW-CoR 1994, 293 (295); *Mäger* in CR 1996, 522 (524); *Wilhelm Nordemann* in CR 1996, 5 (7 f).

<sup>55</sup> S.u.: 0.

Akzessorietät der Nutzungsrechte zum Verbreitungsrecht. Diese Trennung kommt zum Beispiel in § 44 I UrhG zum Ausdruck, wonach bei der Veräußerung des Originals eines Werkes im Zweifel keine Nutzungsrechte daran eingeräumt werden. Entsprechend führt die Veräußerung des Computerprogramms nicht automatisch dazu, dass das Softwareunternehmen dem Ersterwerber auch das Recht zur Nutzungsrechtsübertragung einräumt. Wenn man diese Argumente für erheblich hält, bleibt die Erschöpfungswirkung damit auf die Verbreitung beschränkt.

Unabhängig von der Entscheidung für die eine oder andere Meinung ist letztlich zu beachten, dass der Zweiterwerber zum Erwerb der Nutzungsrechte am Computerprogramm nicht unbedingt auf den Ersterwerber angewiesen ist. So kann der Zweiterwerber zum Beispiel bei der Installation eines Computerprogramms von einem Datenträger, dessen Verbreitung erschöpft ist, einen eigenen Endbenutzerlizenzvertrag (End User License Agreement) mit dem Softwareunternehmen abschließen und – dessen Wirksamkeit vorausgesetzt – dadurch die Nutzungsrechte erhalten. Ferner könnte man auch erwägen, zu Gunsten des Zweiterwerbers § 69d I UrhG anzuwenden.<sup>56</sup> Dagegen spricht jedoch, dass der Zweiterwerber noch kein zur Verwendung des Computerprogramms Berechtigter ist.<sup>57</sup> Ihm soll vielmehr gerade erst das Nutzungsrecht eingeräumt werden.

## b) Dingliche Wirksamkeit als Beschränkung des Nutzungsrechts

Nutzungsrechtsübertragungsbeschränkungen sind nach überwiegender Meinung als dinglich wirksame Beschränkungen des Nutzungsrechts einzuordnen.<sup>58</sup> Nutzungsrechte können nämlich in räumlicher, zeitlicher oder inhaltlicher Weise eingeschränkt werden.<sup>59</sup> Eine Beschränkung zur Übertragung von Nutzungsrechten ist eine inhaltliche Beschränkung dahingehend, dass das Computerprogramm nicht, beziehungsweise nur unter bestimmten Bedingungen, von Dritten benutzt werden kann. Es ist damit – anders als eine Verbreitungsbeschränkung – nicht als rechtsgeschäftliches Verfügungsverbot im Sinne des § 137 S. 1 BGB anzusehen. Die Nutzungsrechtsübertragungsbeschränkung ist

---

<sup>56</sup> Vgl. *Grützmaker* in *Wandtke/Bullinger*, § 69c, Rn. 37; *Hilber/Rabus* in *CR* 2009, 425 (426); *Hoeren* in *CR* 2006, 573 (575); *Huppertz* in *CR* 2006, 145 (146 f.); *Köhler/Fritzsche* in *Lehmann, Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen*, Kap. XIII, Rn. 61; *Redeker*, *IT-Recht*, Rn. 60; *Wiebe* in *BB* 1993, 1094 (1097).

<sup>57</sup> Vgl. *Dreier* in *Ders./Schulze*, § 69d, Rn. 2; *Loewenheim* in *Schricker*, § 69d, Rn. 4; *Marly*, *Softwareüberlassungsverträge*, Rn. 484; *Pres*, *Gestaltungsformen urheberrechtlicher Softwarelizenzverträge*, S. 120 f.

<sup>58</sup> Vgl. *BGH GRUR* 1987, 37 (39) – *Videolizenzvertrag*; *OLG München GRUR* 1984, 524 (525) – *Nachtblende*; *von Frenzt/Masch* in *ZUM* 2009, 354 (360); *Schricker* in *Ders.*, § 34, Rn. 13; *Schulze* in *Dreier/Ders.*, § 34, Rn. 52; *Wandtke/Grunert* in *Wandtke/Bullinger*, § 34, Rn. 39; a.A. *OLG München GRUR* 1996, 972 (973) – *Accatone*.

<sup>59</sup> Vgl. § 31 I S. 2 UrhG.

nämlich keine Belastung des Nutzungsrechts, sondern legt den Umfang des Nutzungsrechts erst näher fest. So ist das nicht übertragbare Nutzungsrecht gerade als unveräußerliches Recht begründet worden und fällt damit von vornherein nicht in den Anwendungsbereich des § 137 BGB.<sup>60</sup>

### c) Vereinbarkeit mit dem Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen

Ferner halten Nutzungsrechtsübertragungsverbote in allgemeinen Geschäftsbedingungen auch der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB stand.<sup>61</sup> So besteht in einer Nutzungsrechtsübertragungsbeschränkung keine Abweichung von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung zur Nutzungsrechtsübertragung und damit liegt kein Verstoß gegen § 307 II Nr. 1 BGB vor. Jegliche Form der Beschränkung der Nutzungsrechtsübertragung – auch das vollständige Übertragungsverbot – lässt die Möglichkeit unberührt, dass das Softwareunternehmen der Nutzungsrechtsübertragung später doch noch zustimmt. Dies entspricht der gesetzlichen Regelung in § 34 I S. 1 UrhG, die für die Übertragung des Nutzungsrechts auch grundsätzlich die Einholung der Zustimmung vorsieht. Lediglich in Ausnahmefällen, wie etwa bei Unternehmensveräußerungen, ist die Zustimmung entbehrlich. Die Einschränkung des Zustimmungsvorbehalts ist in diesen Fällen jedoch gerade nach § 34 V S. 2 UrhG vom Gesetz anerkannt, so dass in den Ausnahmen vom Zustimmungsvorbehalt keine wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung gesehen werden können.<sup>62</sup>

Auch verstoßen Nutzungsrechtsübertragungsbeschränkungen nicht gegen § 307 II Nr. 2 BGB. Sie schränken nämlich keine wesentlichen Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so ein, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist. Dies gilt sowohl für zeitweilige Nutzungsrechtsübertragungen denen zum Beispiel ein Mietvertrag zugrunde liegt, als auch für dauerhafte Nutzungsrechtsübertragungen beispielsweise auf kaufvertraglicher Grundlage. Bei letzteren ergibt sich für das Softwareunternehmen zwar die Verpflichtung, dem Ersterwerber das Nutzungsrecht vollumfänglich als geistiges Eigentum zu verschaffen.<sup>63</sup> Jedoch ist das Nutzungsrecht in seiner gesetzlichen Ausgestaltung nach § 34 UrhG grundsätzlich nicht übertragbar. Die Stellung des Nutzungsrechtsinhabers gewährt somit nicht notwendigerweise auch das Recht zur Übertragung des Nutzungsrechts. Daher verstoßen Nutzungsrechtsübertragungsbeschränkungen auch in kaufvertraglich ausgestalteten Softwarelizenzverträgen nicht gegen § 307 II Nr. 2 BGB.

---

<sup>60</sup> GRUR 1987, 37 (39) – *Videolizenzvertrag*; Schrickler in Ders., § 34, Rn. 13.

<sup>61</sup> A.A.: *Haberstumpf* in CR 2009, 345 (349).

<sup>62</sup> S.u.: 0.

<sup>63</sup> Vgl. § 433 I S. 1 i.V.m. § 453 I BGB.

#### d) Change of Control-Klauseln

Nutzungsrechtsübertragungsbeschränkungen können sich ferner aus Change of Control-Klauseln ergeben. Change of Control-Klauseln sehen für den Fall der gesellschaftsrechtlichen Änderung der Kontrollmehrheit die Einholung der Zustimmung für die mit der Mehrheitsänderung einhergehenden Rechtsübertragungen vor. Wann eine gesellschaftsrechtliche Änderung der Mehrheitsverhältnisse zu einem Kontrollwechsel führt, richtet sich nach der konkreten Ausgestaltung der Change of Control-Klausel. Regelmäßig wird es dabei auf die Übertragung von mehr als einem bestimmten Prozentsatz der Anteils- oder Stimmrechte oder auf die Veräußerung von wesentlichen Teilen des Gesellschaftsvermögens ankommen.<sup>64</sup> Je nach Formulierung der Change of Control-Klausel kann diese daher sowohl bei einer Übertragung der Gesellschaftsanteile des Ersterwerbers (Share Deal), als auch bei einer Übertragung der Vermögensgegenstände des Ersterwerbers (Asset Deal) einschlägig sein. Hingegen kommt eine Anwendung bei einer Gesamtrechtsnachfolge im Rahmen von Umwandlungen nicht in Betracht.<sup>65</sup> Dies ist insbesondere auf die ersatzlose Streichung der §§ 131 I Nr. 1 S. 2, 132 UmwG a.F. zurückzuführen.<sup>66</sup> Denn aus diesen Vorschriften hatte sich bei Spaltungen die Beachtlichkeit von rechtsgeschäftlich vereinbarten Zustimmungsvorbehalten ergeben.<sup>67</sup>

#### aa) Zustimmungsvorbehalt zur Nutzungsrechtsübertragung

Change of Control-Klauseln stehen der Nutzungsrechtsübertragung jedoch nicht entgegen wenn sie unwirksam sind. Dabei ist vor allem zu berücksichtigen, dass der Abschluss solcher Vertragsbestimmungen als Vertrag zu Lasten Dritter – nämlich der Anteilseigner des Ersterwerbers – unvereinbar mit dem Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, allgemeinen Unwirksamkeitsgründen wie 138 BGB oder Kartellverboten sein kann.<sup>68</sup> In einer Leitenscheidung erklärte der BGH eine Change of Control-Klausel nach § 9 I AGBG a.F. (§ 307 I BGB n.F.) für unwirksam, die einen Vertragspartner zur Kündigung berechtigte, wenn der andere Vertragspartner nicht dessen Zustimmung zur Änderung der Eigentumsverhältnisse einholte. Der BGH erklärte ein solches einschränkungsloses Zustimmungs- und Kündigungsrecht für unangemessen, wenn es ohne Rücksicht darauf eingreift, ob und inwieweit die Interessen des Kündigungsberechtigten überhaupt betroffen sind. Nicht jede Änderung in den Eigentumsverhältnissen führt nämlich zwingend zu einer Beeinträchtigung von

---

<sup>64</sup> Vgl. *Disput* in NZM 2008, 305 (306); *Mielke/Nguyen-Viet* in DB 2004, 2515 (2515).

<sup>65</sup> Vgl. *Müller* in NZG 2006, 491 (492).

<sup>66</sup> S.u.: 0.

<sup>67</sup> Vgl. *Bayer/Schmidt* in NZG 2006, 841 (845); von *Frentz/Masch* in ZUM 2009, 354 (367); *Müller* in NZG 2006, 491 (493).

<sup>68</sup> Vgl. *Disput* in NZM 2008, 305 (306 ff.); *Mielke/Nguyen-Viet* in DB 2004, 2515 (2517 ff.).



dessen Rechten.<sup>69</sup> Sollte die Change of Control-Klausel danach unwirksam sein, ergeben sich die Anforderungen an den Zustimmungsvorbehalt nach § 306 II BGB aus den anwendbaren gesetzlichen Regelungen.<sup>70</sup>

## bb) Zustimmungsvorbehalt zur Vertragsübertragung

Teilweise bezieht sich der Zustimmungsvorbehalt in Change of Control-Klauseln nicht nur auf die Übertragung einzelner Rechte – und damit auch auf die Übertragung der Nutzungsrechte – sondern vielmehr auf die Übertragung von Verträgen insgesamt. Der Ersterwerber kann somit den Softwarelizenzvertrag in seiner Gesamtheit nicht ohne Zustimmung des Softwareunternehmens auf den Zweiterwerber übertragen. Die Vertragsübernahme ist regelmäßig im Interesse des Ersterwerbers, weil er ansonsten zum Beispiel trotz Übertragung des Nutzungsrechts auf den Zweiterwerber zur Zahlung etwaiger Lizenzgebühren gegenüber dem Softwareunternehmen verpflichtet bleibt.<sup>71</sup> Die Vertragsübernahme ist jedoch auch oft im Interesse des Softwareunternehmens, weil sie dafür sorgt, dass die Nutzung des Computerprogramms nur unter den Bedingungen des Softwarelizenzvertrags möglich ist. Es findet also keine Trennung von dinglichem Nutzungsrecht und schuldrechtlichen Einschränkungen der Nutzung statt.

Für die Wirksamkeit der Vertragsübertragung kommt es auf die bürgerlich-rechtlichen Voraussetzungen für die Vertragsübernahme an. Das BGB sieht in §§ 398 ff. BGB die Forderungsabtretung und in §§ 414 ff. BGB die Schuldübernahme vor. Die umfassende Übertragung einer Schuldner- oder Gläubigerstellung ist hingegen gesetzlich unregelt. Dennoch ist diese als Folge der Vertragsfreiheit allgemein anerkannt.<sup>72</sup> Sie setzt das Zusammenwirken sämtlicher Beteiligten – Softwareunternehmen, Ersterwerber und Zweiterwerber – voraus. Dieses Zusammenwirken kann in Form eines dreiseitigen Vertrages oder aufgrund zweiseitiger Vereinbarung zwischen Ersterwerber und Zweiterwerber mit Zustimmung des Softwareunternehmens erfolgen.<sup>73</sup> Fehlt die Beteiligung beziehungsweise Zustimmung des Softwareunternehmens, so scheidet die Vertragsübernahme und allenfalls die Übertragung der Nutzungsrechte kann wirksam sein.<sup>74</sup> In diesem Fall ist lediglich eine Vereinbarung zwischen Ersterwerber und Zweiterwerber möglich, wonach der Zweiterwerber der Schuld des Ersterwerbers beitrifft oder diesen von seinen Verpflichtungen gegenüber dem Softwareunternehmen freistellt.

---

<sup>69</sup> BGHZ 93, 29 (39 f.).

<sup>70</sup> S.u.: 0.

<sup>71</sup> von *Frentz/Masch* in ZUM 2009, 354 (357).

<sup>72</sup> BGHZ 72, 394 (395 f.); BGHZ 96, 302, (307 f.), *Grüneberg* in Palandt, § 398, Rn. 41.

<sup>73</sup> BGHZ 96, 302 (308), BGH NJW-RR 1990, 1251 (1253) – *Kabellaufröhrvorrichtung*.

<sup>74</sup> von *Frentz/Masch* in ZUM 2009, 354 (356).

### 3. Auswirkungen einer ausländischen Rechtswahl

Oftmals ist in Softwarelizenzverträgen die Geltung ausländischen Rechts vereinbart.<sup>75</sup> In diesen Fällen stellt sich die Frage, inwieweit die Parteien durch die ausländische Rechtswahl eine weitergehende Disposition über die Bedingungen der Nutzungsrechtsübertragung und Verbreitung des Computerprogramms erreichen können als nach der ohne Parteivereinbarung geltenden deutschen Rechtslage.

#### a) Dingliche Wirkung

Zunächst stellt sich die Frage, ob sich die Rechtswahl nur auf die Verpflichtungen im Lizenzvertrag bezieht oder auch auf die Verfügung über das Nutzungsrecht. Nach der Spaltungstheorie beschränkt sich die Rechtswahl nur auf das Verpflichtungsgeschäft, während sich das Verfügungsgeschäft nach dem inländischen Recht des Schutzlandes richtet.<sup>76</sup> Nach der Einheitstheorie hingegen richten sich Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft beide einheitlich nach dem gewählten Recht.<sup>77</sup> Jedoch unterstellen auch die Vertreter der Einheitstheorie die Einräumung und Übertragung von Nutzungsrechten sowie dessen Umfang dem inländischen Recht des Schutzlandes.<sup>78</sup> Nach beiden Auffassungen kommt man somit zum Ergebnis, dass die Rechtswahl sich nur auf die schuldrechtlichen Elemente des Softwarelizenzvertrags auswirkt, sich jedoch nicht auf die dingliche wirkenden Verfügungen über das Nutzungsrecht bezieht. Die Rechtswahl berührt somit nicht den Umfang der Nutzungsrechtseinräumung an den Ersterwerber nach § 31 I S. 2 UrhG, ändert nichts an der Unwirksamkeit rechtsgeschäftlicher Verbreitungsverbote nach § 137 S. 1 BGB und kann auch nicht die Erschöpfung des Verbreitungsrechts des Softwareunternehmens nach § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG verhindern. In dieser Hinsicht kann die Rechtswahl höchstens zu einer schuldrechtlichen Bindung des Ersterwerbers führen.

---

<sup>75</sup> Vgl. Art. 27 I S. 1 EGBGB.

<sup>76</sup> Vgl. *von Gamm*, Einf., Rn. 145; *Mäger*, Der Schutz des Urhebers im internationalen Vertragsrecht, S. 56; *Martiny* in MüKo, Art. 28, Rn. 388; *Rehbinder*, Urheberrecht, Rn. 982; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 1147; *Vischer* in GRUR Int. 1987, 670 (680); *Zimmer*, Urheberrechtliche Verpflichtungen und Verfügungen im Internationalen Privatrecht, S. 172.

<sup>77</sup> Vgl. OLG Frankfurt GRUR 1998, 141 (142) – *Mackintosh-Entwürfe*; *Castendyk* in ZUM 1999, 934 (935); *Dreier* in Ders./Schulze, Vor. §§ 120 ff., Rn. 50; *Haberstumpf*, Handbuch des Urheberrechts, Rn. 581; *Hartmann* in Möhring/Nicolini, Vor. §§ 120 ff., Rn. 42; *Katzenberger* in Schricker, Vor. §§ 120 ff., Rn. 149; *Loewenheim* in ZUM 1999, 923 (925); *Schricker*, Verlagsrecht, Einl., Rn. 38; *Spoendlin* in UFITA 107 (1988), 11 (25); *Eugen Ulmer*, Die Immaterialgüterrechte im internationalen Privatrecht, S. 49.

<sup>78</sup> Vgl. *Haberstumpf*, Handbuch des Urheberrechts, Rn. 581; *Hartmann* in Möhring/Nicolini, Vor. §§ 120 ff., Rn. 42; *Katzenberger* in Schricker, Vor. §§ 120 ff., Rn. 150; *Loewenheim* in ZUM 1999, 923 (925); *Schricker*, Verlagsrecht, Einl., Rn. 38; *Spoendlin* in UFITA 107 (1988), 11 (25); *Eugen Ulmer*, Die Immaterialgüterrechte im internationalen Privatrecht, S. 49.

## **b) Schuldrechtliche Wirkung**

Die schuldrechtliche Wirkung unterscheidet sich danach, ob und inwieweit der Softwarelizenzvertrag Verbindungen zur inländischen beziehungsweise ausländischen Rechtsordnung aufweist.

### **aa) Inlandsberührung des Softwarelizenzvertrags**

Weist der Vertrag ausschließlich Verbindungen zur inländischen Rechtsordnung auf – abgesehen von der Rechtswahlklausel und einer etwaigen Gerichtsstandsvereinbarung – lässt die ausländische Rechtswahl die zwingenden inländischen Vorschriften nach Art. 27 III EGBGB unberührt. Die ausländische Rechtswahl bezieht sich in diesen Fällen nur auf den Bereich des dispositiven deutschen Rechts. Darüber hinaus darf die Rechtswahl nach Art. 29 EGBGB nicht dazu führen, dass Verbrauchern mit gewöhnlichem Aufenthalt in Deutschland der Schutz zwingender deutscher Bestimmungen entzogen wird. Ferner ergibt sich aus Art. 29a EGBGB, dass auf einen aufgrund einer Rechtswahl nicht dem Recht eines Mitgliedstaats der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaats des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum unterliegenden Vertrag, der einen engen Zusammenhang mit der Bundesrepublik aufweist, die deutschen Bestimmungen zur Umsetzung der Verbraucherschutzrichtlinien – also insbesondere das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen – gleichwohl anzuwenden sind.<sup>79</sup> Vor dem Hintergrund der Art. 27 III, 29 und 29a EGBGB ergibt sich somit, dass bei jeglichen vorformulierten Softwarelizenzverträgen mit entsprechender Inlandsberührung, das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen anzuwenden ist. Die Wirksamkeit der Vertragsbestimmungen richtet sich in diesen Fällen nach den bereits erörterten Grundsätzen, so dass Verpflichtungen des Ersterwerbers, das Computerprogramm nicht weiter zu verbreiten in Verträgen zur dauerhaften Nutzungsrechtseinräumung unzulässig sind.<sup>80</sup> Beschränkungen der Nutzungsrechtsübertragung können jedoch durchaus schuldrechtliche Wirkung entfalten.<sup>81</sup>

### **bb) Keine Inlandsberührung des Softwarelizenzvertrags**

Selbst wenn keine Inlandsberührung vorliegt sieht Art. 34 EGBGB vor, dass die international nicht abdingbaren Vorschriften Anwendung finden.<sup>82</sup> Diese auch als Eingriffsnormen bezeichneten Vorschriften sind nicht deckungsgleich mit den zwingenden Vorschriften des deutschen Rechts, sondern vielmehr ist für

---

<sup>79</sup> Vgl. Art. 29a EGBGB.

<sup>80</sup> S.o.: 0.

<sup>81</sup> S.o.: 0.

<sup>82</sup> Carsten Müller, International zwingende Normen des deutschen Arbeitsrechts, S. 93.

den international zwingenden Charakter einer Vorschrift entscheidend, dass der Zweck der Vorschrift sich nicht im Ausgleich widerstreitender Parteiinteressen erschöpft, sondern auch und überwiegend auf die Durchsetzung öffentlicher Interessen gerichtet ist.<sup>83</sup> Art. 34 EGBGB umfasst somit beispielsweise Kartellverbote, während das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen keine international zwingenden Vorschriften darstellen.<sup>84</sup> Somit ergibt sich aus Art. 34 EGBGB, dass bei mangelnder Anknüpfung an einen der Tatbestände der Art. 27 III, 29 und 29a EGBGB, die schuldrechtliche Verpflichtung, das Computerprogramm nicht weiter zu verbreiten und das Nutzungsrecht nicht weiter zu übertragen, wirksam sein kann.

## II. Rechtslage ohne Parteivereinbarungen zwischen Softwareunternehmen und Ersterwerber

Insoweit keine Parteivereinbarungen zwischen Softwareunternehmen und Ersterwerber vorliegen, richtet sich die Zulässigkeit der Verbreitung und der Nutzungsrechtsübertragung nach den gesetzlichen Vorschriften. § 69c Nr. 3 S. 1 UrhG behält dem Softwareunternehmen das ausschließliche Recht zur Verbreitung des Computerprogramms vor, so dass sich im Hinblick auf die Verbreitung grundsätzlich keine Abweichungen zur Rechtslage bei Parteivereinbarungen zwischen Softwareunternehmen und Ersterwerber ergeben.<sup>85</sup> Jedoch ergeben sich Abweichungen im Zusammenhang mit der Nutzungsrechtsübertragung. So enthält § 34 UrhG einen grundsätzlichen Zustimmungsvorbehalt (1.) mit verschiedenen Ausnahmen (2.). Diese Vorschrift ist im Verhältnis zwischen Softwareunternehmen und Ersterwerber anwendbar, wenn man – wovon im Folgenden ausgegangen wird – in dem Zustimmungsvorbehalt auch die Absicherung vermögensrechtlicher Befugnisse sieht. Wenn man hingegen § 34 UrhG nur als Schutznorm für das Urheberpersönlichkeitsrecht ansieht, könnte der Ersterwerber das Nutzungsrecht auf den Zweiterwerber auch ohne Zustimmung des Softwareunternehmens übertragen.<sup>86</sup>

### 1. Zustimmungsvorbehalt zur Nutzungsrechtsübertragung

Bei Anwendung des § 34 UrhG zugunsten des Softwareunternehmens kann der Ersterwerber sein Nutzungsrecht an einem Computerprogramm auf den Zweiterwerber grundsätzlich nur übertragen, wenn er die Zustimmung des Software-

---

<sup>83</sup> *Ganssaugue*, Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht bei Verbraucherverträgen, S. 225; *Hohloch* in *Ermann*, Art. 34 EGBGB, Rn. 12; *Magnus* in *Staudinger*, Art. 34 EGBGB, Rn. 57; *Martiny* in *MüKo*, Art. 34 EGBGB, Rn. 13.

<sup>84</sup> *Harry Schmidt* in *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht, Anh. § 310 BGB, Rn. 655.

<sup>85</sup> S.o.; 0 und 0.

<sup>86</sup> S.o.: 0.

unternehmens hat. Ohne Zustimmungserteilung entfaltet der Übertragungsversuch keinerlei Rechtswirkungen. In diesem Fall kommt auch kein gutgläubiger Erwerb in Betracht, denn die Übertragung des Nutzungsrechts erfolgt in analoger Anwendung der Abtretungsregeln nach §§ 398, 405, 413 BGB.<sup>87</sup>

### a) Berechtigte zur Zustimmungserteilung

Zur Zustimmungserteilung ist nach § 34 I S. 1 i.V.m. § 69b UrhG das Softwareunternehmen als Inhaber der vermögensrechtlichen Befugnisse an dem Computerprogramm berechtigt. Im Übrigen kann grundsätzlich auch die Einholung der Zustimmung der Programmierer erforderlich sein. Aufgrund des geringen urheberpersönlichkeitsrechtlichen Gehalts wird der Zustimmungsvorbehalt jedoch in den meisten Fällen teleologisch zu reduzieren sein. Lediglich wenn die Nutzungsrechtsübertragung ausnahmsweise das Urheberpersönlichkeitsrecht berührt, greift danach der Zustimmungsvorbehalt für die Programmierer ein.

### b) Zeitpunkt der Zustimmungserteilung

Für die Zustimmungserteilung gelten die Regelungen der §§ 182 ff. BGB.<sup>88</sup> Daher kann die Zustimmung sowohl durch vorherige Einwilligung als auch durch nachträgliche Genehmigung erteilt werden.<sup>89</sup> Wenn bereits im Lizenzvertrag zwischen dem Softwareunternehmen und dem Ersterwerber diesem das Recht zur Nutzungsrechtsübertragung an einen Zweiterwerber gewährt wird, liegt darin die Einwilligung zur Übertragung weiterer Nutzungsrechte. Jedoch ist der Ersterwerber zur Nutzungsrechtsübertragung auch dann berechtigt, wenn dem Lizenzvertrag weder ausdrücklich noch durch Auslegung eine dahingehende Einwilligung zu entnehmen ist, das Softwareunternehmen dazu jedoch seine Genehmigung erteilt. Bis zur Erteilung der Genehmigung ist die weitere Nutzungsrechtsübertragung allerdings schwebend unwirksam.<sup>90</sup>

### c) Form der Zustimmungserteilung

Die Parteien eines Softwarelizenzvertrages können für die Zustimmung zur Übertragung von Nutzungsrechten eine bestimmte Form vereinbaren.<sup>91</sup> In

---

<sup>87</sup> Vgl. *von Frenzt/Masch* in ZUM 2009, 354 (358); *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 536; *Wandtke/Grunert* in *Wandtke/Bullinger*, Vor. §§ 31 ff., Rn. 22.

<sup>88</sup> *Joppich* in K&R 2003, 211 (212); *Kotthoff* in *Dreyer/Ders./Meckel*, § 34, Rn. 6; *Jan Bernd Nordemann* in *Fromm/Nordemann*, § 34, Rn. 12; *Scholz* in *Mestmäcker/Schulze*, § 35, Rn. 12; Für analoge Anwendung: *Berger* in *Ders./Wündisch*, Rn. 164.

<sup>89</sup> Vgl. §§ 183 S. 1, 184 I BGB.

<sup>90</sup> Vgl. *Heinrichs* in *Palandt*, § 184, Rn. 1; *Schricker* in *Ders.*, § 34, Rn. 14; *Spautz* in *Möhring/Nicolini*, § 34, Rn. 4; *Wandtke/Grunert* in *Wandtke/Bullinger*, § 34, Rn. 10.

<sup>91</sup> Vgl. § 35 II i.V.m. § 34 V S. 2 UrhG.

Ermangelung einer Vereinbarung ist die Zustimmungserteilung jedoch formlos möglich.<sup>92</sup> Wenn sie nicht ausdrücklich schriftlich im Lizenzvertrag enthalten ist, kann sie daher auch konkludent oder stillschweigend erteilt werden.<sup>93</sup> So liegt etwa eine konkludente Genehmigung vor, wenn ein Softwareunternehmen in Kenntnis der Übertragung des Nutzungsrechts an den Zweiterwerber von diesem die Zahlung von Lizenzgebühren verlangt. Eine stillschweigende Einwilligung zur Übertragung des Softwarenutzungsrechts wird angenommen, wenn das überlassene Computerprogramm nach dem Vertragszweck für Hardware bestimmt ist, dessen spätere Weiterveräußerung bei Vertragsschluss nicht völlig außerhalb der zu erwartenden Entwicklung lag und das später tatsächlich zusammen mit der Hardware weiter veräußert wird.<sup>94</sup>

## 2. Ausnahmen vom Zustimmungsvorbehalt

Nach § 34 UrhG ist die Zustimmung des Softwareunternehmens zur Nutzungsrechtsübertragung in bestimmten Fällen entbehrlich.

### a) Treuwidriges Verhalten

So kann nach § 34 I S. 2 UrhG die Zustimmung nicht wider Treu und Glauben verweigert werden. Auch wenn der Maßstab für die Bestimmung der Treuwidrigkeit im Einzelnen streitig ist, besteht Übereinstimmung dahingehend, dass eine umfassende Abwägung der Interessen erforderlich ist.<sup>95</sup> Als Verweigerungsgrund kommen urheberpersönlichkeitsrechtliche und vermögensrechtliche Interessen in Betracht, weswegen grundsätzlich sowohl die Programmierer als auch das Softwareunternehmen ihre Zustimmung verweigern können.<sup>96</sup> So steht es dem Softwareunternehmen prinzipiell zu, für die Zustimmung ein angemessenes Entgelt zu verlangen, andernfalls besteht regelmäßig ein berechtigter Grund zur Zustimmungsverweigerung.<sup>97</sup> Ein solcher Grund kann auch vorliegen, wenn der Ersterwerber das Nutzungsrecht an einen Wettbewerber des Softwareunternehmens übertragen möchte.<sup>98</sup> Ist der Ersterwerber ebenfalls ein Unternehmen, können bei der Interessenabwägung zu seinen Gunsten betriebs-

---

<sup>92</sup> Vgl. § 182 II BGB.

<sup>93</sup> Vgl. BGH GRUR 1984, 528 (529) – *Bestellvertrag*; BGH NJW-RR 1990, 1251 (1252 f.) – *Kabellaufröhrvorrichtung*; BGH GRUR 2005, 860 (862) – *Fash 2000*; *Horstmann*, Big Java (3. Auflage), S. 205.

<sup>94</sup> *Harte-Bavendamm/Wiebe* in Kilian/Heussen, Kap. 51, Rn. 89.

<sup>95</sup> *von Gamm*, § 34, Rn. 16; *Haberstumpf*, Handbuch des Urheberrechts, Rn. 416; *Jan Bernd Nordemann* in Fromm/Nordemann, § 34, Rn. 18; *Wandtke/Grunert* in Wandtke/Bullinger, § 34, Rn. 11; *Schricker* in Ders.; § 34, Rn. 16.

<sup>96</sup> Vgl. *Jan Bernd Nordemann* in Fromm/Nordemann, § 34, Rn. 19.

<sup>97</sup> Vgl. *Jan Bernd Nordemann* in Fromm/Nordemann, § 34, Rn. 19.

<sup>98</sup> Vgl. *Royla/Gramer* in CR 2005, 154 (159).

wirtschaftliche Gegebenheiten, Änderungen des geschäftlichen Zuschnitts, wirtschaftliche Zwänge sowie Branchenübungen zu berücksichtigen sein.<sup>99</sup> Gerade im Fall der Softwarelizenzierung können zur Interessenwahrung der Parteien auch Zwischenlösungen angemessen sein, so dass das Softwareunternehmen nur unter gewissen Modalitäten zur Zustimmung verpflichtet wird.<sup>100</sup> Diese können etwa im Eintritt des Zweiterwerbers in die vertraglichen Pflichten des Ersterwerbers oder der Zahlung eines Entgelts an das Softwareunternehmen bestehen.

### **b) Nutzungsrechtsübertragungen bei Datenbankwerken**

Die Nutzungsrechtsübertragung an einem Computerprogramm kann mit einer Nutzungsrechtsübertragung an einem Datenbankwerk einhergehen. So kann zum Beispiel ein Datenbankmanagementprogramm (Data Base Management System) zusammen mit einer als Datenbankwerk geschützten Sammlung von Daten übertragen werden. In derartigen Fällen ist die Übertragung des Nutzungsrechts am Datenbankwerk zustimmungsbedürftig. Darüber hinaus wäre auch die Zustimmung zur Nutzungsrechtsübertragung, für die im Datenbankwerk aufgenommenen Werke einzuholen. Letztere Zustimmung ist jedoch nach § 34 II UrhG entbehrlich. Nach dieser Vorschrift ist für die Übertragung des Nutzungsrechts an Sammelwerken – zu denen nach § 4 II S. 1 UrhG auch Datenbankwerke gehören – nur die Zustimmung zur Nutzungsrechtsübertragung am Datenbankwerk, nicht jedoch die Zustimmung, für die im Datenbankwerk aufgenommenen Werke einzuholen.

Die teilweise Zustimmungsfreiheit bei der Nutzungsrechtsübertragung des Datenbankwerks hat jedoch keine Auswirkung auf den Zustimmungsvorbehalt für die Übertragung der Nutzungsrechte am Computerprogramm. Ein zur Schaffung des Datenbankwerks oder zur Ermöglichung des Zugangs zu dessen Elementen verwendetes Computerprogramm ist nämlich nicht Bestandteil des Datenbankwerks.<sup>101</sup> Ein Datenbankmanagementprogramm zur Steuerung eines Datenbankwerks kann somit nicht als Teil des Datenbankwerks nach § 34 II UrhG zustimmungsfrei übertragen werden. Datenbankwerk und zu dessen Schaffung und Betrieb eingesetzte Computerprogramme sind zu trennen.<sup>102</sup> Dabei ist die Abgrenzung jedoch im Einzelnen noch nicht vollständig geklärt.<sup>103</sup>

---

<sup>99</sup> *Grützmacher* in CR 2007, 549 (555); *Schricker* in Ders., § 34, Rn. 16.

<sup>100</sup> *Harte-Bavendamm/Wiebe* in Kilian/Heussen, Kap. 51, Rn. 90.

<sup>101</sup> Vgl. § 4 II S. 2 UrhG.

<sup>102</sup> Vgl. *Berger* in GRUR 1997, 169 (174); *Haberstumpf* in GRUR 2003, 14 (18 f.); *Thum* in Wandtke/Bullinger, Vor. §§ 87a ff., Rn. 34.

<sup>103</sup> Vgl. *Dreier* in GRUR Int. 1992, 739 (745); *Grützmacher* in Wandtke/Bullinger, § 69a, Rn. 16; *Yarayan*, Der Schutz von Datenbanken im deutschen und türkischen Recht, S. 60.

### c) Nutzungsrechtsübertragungen bei Unternehmensveräußerungen

Gemäß § 34 III S. 1 UrhG kann ein Nutzungsrecht auch dann ohne Zustimmung des Softwareunternehmens übertragen werden, wenn die Übertragung im Rahmen der Gesamt- oder Teilveräußerung eines Unternehmens oder Unternehmensteils geschieht. Bei einer solchen Unternehmensveräußerung sind Programmierer und Softwareunternehmen nach § 34 III S. 2 UrhG darauf beschränkt, das Nutzungsrecht zurückzurufen, wenn ihnen dessen Ausübung durch den Zweiterwerber nach Treu und Glauben nicht zuzumuten ist. Bei der Bestimmung der Reichweite der Zustimmungsfreiheit aufgrund einer Unternehmensveräußerung kommt es darauf an, dem Bedürfnis des Rechtsverkehrs an der Verkehrsfähigkeit von Unternehmen Rechnung zu tragen, ohne gleichzeitig Einzelübertragungen unter dem Deckmantel der Unternehmensveräußerung zu ermöglichen.

#### aa) Begriff des Unternehmens

Eine Unternehmensveräußerung kann sich auf das Unternehmen insgesamt oder auf einzelne Unternehmensteile beziehen. Ein Unternehmen im Sinne des § 34 III S. 1 UrhG ist jede auf Dauer angelegte Zusammenfassung wirtschaftlicher und finanzieller Mittel, welche als Einheit am Wirtschaftsleben teilnimmt.<sup>104</sup> Dazu gehören zum Beispiel Verlage und Softwareunternehmen, aber auch Theater und Hochschulen.<sup>105</sup> Als Unternehmensteil gilt im Rahmen dieser Norm nicht nur der rechtlich, sondern auch der fachlich abgrenzbare Teil eines Unternehmens. Dabei genügt es, dass der Unternehmensteil anlässlich der Veräußerung gebildet wird; eine vorherige organisatorische und wirtschaftliche Trennung ist nicht erforderlich.<sup>106</sup> Ein Unternehmensteil kann sich somit zum Beispiel aus dem Gegenstand der zu verwertenden Werke (Klassikabteilung eines Musikverlags) oder aus der Verwertungsform (Taschenbuchabteilung eines Buchverlags) ergeben.<sup>107</sup> Auch die von einem Unternehmen zur Verwertung erworbenen Nutzungsrechte können einen Unternehmensteil bilden.<sup>108</sup> Jedoch ist es nicht ausreichend, wenn Nutzungsrechte an einem einzelnen Werk veräußert werden, auch wenn dieses den wesentlichen Vermögenswert des veräußernden Unternehmens bildet.<sup>109</sup>

---

<sup>104</sup> Karsten Schmidt in JuS 1985, 249, (255 ff.); Wernicke/Kockentiedt in ZUM 2004, 348 (350); von Gamm, § 34 Rn., 14.

<sup>105</sup> Wandtke/Grunert in Wandtke/Bullinger, § 34, Rn. 18.

<sup>106</sup> von Gamm, § 34, Rn. 14.

<sup>107</sup> von Gamm, § 34, Rn. 15; Spautz in Möhring/Nicolini, § 34 Rn. 16; Wernicke/Kockentiedt in ZUM 2004, 348 (350).

<sup>108</sup> Vgl. RGZ 68, 49, 52 – *Süddeutsche Bauhütte*; BGHZ 15, 1 (3) – *Sportwette*; Wandtke/Grunert in Wandtke/Bullinger, § 34, Rn. 18.

<sup>109</sup> BGH GRUR 2005, 860 (862) – *Fash 2000*.



## bb) Begriff der Veräußerung

Zentrales Merkmal für die Anwendung des § 34 III S. 1 UrhG ist das Vorliegen einer Veräußerung, wobei sich diese auf das gesamte Unternehmen oder nur auf Teile davon beziehen kann. Eine solche Veräußerung besteht bei einer Änderung der Rechtszuständigkeit an den Vermögensgegenständen des Unternehmens beziehungsweise Unternehmensteils.<sup>110</sup> Hierfür kommt es darauf an, ob der Zweiterwerber nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise Inhaber des Unternehmens oder Unternehmensteils des Ersterwerbers wird.<sup>111</sup> Grundsätzlich ist eine Veräußerung daher bei Asset Deals, Share Deals sowie bei Umwandlungen nach dem Umwandlungsgesetz denkbar.<sup>112</sup>

### (1) Asset Deal

Beim Asset Deal handelt es sich um einen Kauf von Sachen, Rechten und sonstigen Gegenständen im Sinne der §§ 433, 453 I BGB.<sup>113</sup> Der Ersterwerber ist verpflichtet, die Gegenstände seines Unternehmens oder Unternehmensteils durch Einzelrechtsnachfolge dauerhaft und vollumfänglich an den Zweiterwerber zu übertragen. Soweit die zu übertragenden Gegenstände daher in ihrer Gesamtheit das Unternehmen oder zumindest einen Unternehmensteil des Ersterwerbers ausmachen, liegt beim Asset Deal eine Gesamt- beziehungsweise Teilveräußerung eines Unternehmens im Sinne des § 34 III S. 1 UrhG vor.

### (2) Share Deal

Beim Share Deal kommt es zu einer Übertragung der Gesellschaftsanteile des Unternehmens des Ersterwerbers an den Zweiterwerber. Im Rahmen des Share Deals lassen sich die Anteilsübertragung bei Kapitalgesellschaften und der Gesellschafterwechsel bei Personengesellschaften unterscheiden.

#### (a) Anteilsübertragung bei Kapitalgesellschaften

Inwieweit es bei einer Übertragung von Anteilen an Kapitalgesellschaften zu einer Änderung der Rechtszuständigkeit der davon betroffenen Vermögensgegenstände kommen kann, wird uneinheitlich beurteilt. Nach einer Auffassung führt die Übertragung von Anteilen an Kapitalgesellschaften nicht zu einem Rechtsträgerwechsel, da alle Vermögensgegenstände bei der Ersterwerbergesell-

---

<sup>110</sup> *Royla/Gramer* in CR 2005, 154 (156); *Scholz* in Mestmäcker/Schulze, § 34, Rn. 34; *Schricker* in Ders., § 34, Rn. 20.

<sup>111</sup> BGH GRUR 1963, 473 (474) – *Filmfabrik Köpenick*; *von Gamm*, § 34, Rn. 14.

<sup>112</sup> *Wandtke/Grunert* in Wandtke/Bullinger, § 34, Rn. 20 ff.

<sup>113</sup> *von Frentz/Masch* in ZUM 2009, 354 (355); *von Pfeil*, Urheberrecht und Unternehmenskauf, S. 5.

schaft als unmittelbarer Inhaberin verbleiben und nur die dahinter stehenden Anteilseigner wechseln.<sup>114</sup> Nach einer anderen Auffassung kann jedoch auch die Veränderung von Anteilsverhältnissen zu Unternehmensveräußerungen im Sinne des § 34 III S. 1 UrhG führen.<sup>115</sup> Danach liegt bei einer Aktiengesellschaft ab einer Veräußerung von 75 % der Anteile eine Unternehmensveräußerung vor, da dann die unternehmerische Leitung voll beim Zweiterwerber als neuem Mehrheitsgesellschafter liegt. Bei der GmbH kann eine Veräußerung von mehr als 50 % der Anteile genügen, wenn die Gesellschafterversammlung mit einfacher Mehrheit Weisungen an die Geschäftsführung erteilen kann.<sup>116</sup>

Dafür dass der Gesetzgeber auch bei einer Anteilsübertragung von einem Rechtsträgerwechsel ausgeht, lässt sich die Vorschrift des § 34 III S. 3 UrhG anführen. Danach besteht das Recht zum Rückruf des Nutzungsrechts auch dann, wenn eine wesentliche Änderung der Beteiligungsverhältnisse beim Ersterwerber eintritt. Daher lässt sich argumentieren, dass der Gesetzgeber auch bei einer Änderung der Beteiligungsverhältnisse von einem Rechtsträgerwechsel ausging. Andererseits kann man aus der ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung der Anwendung des Rücktrittsrechts bei einer Änderung der Beteiligungsverhältnisse auch den Umkehrschluss ziehen, dass ein solcher Fall, nach der Vorstellung des Gesetzgebers, gerade nicht mit einem Rechtsträgerwechsel gleichzusetzen ist. Letztlich bedarf es jedoch nicht der Entscheidung dieser Streitfrage. Denn wenn man davon ausgeht, dass die Anteilsänderung zu einem Rechtsträgerwechsel führt, ist die Zustimmung nach § 34 III S. 1 UrhG entbehrlich. Geht man nicht von einem Rechtsträgerwechsel aus, ist damit gleichzeitig eine Nutzungsrechtsübertragung ausgeschlossen, so dass eine Zustimmung von vornherein nicht erforderlich ist.

## **(b) Gesellschafterwechsel bei Personengesellschaften**

Fraglich ist weiterhin, ob auch in Fällen des Gesellschafterwechsels bei Personengesellschaften eine Unternehmensveräußerung vorliegen kann. Soweit man nicht die Gesellschaft selbst, sondern die Gesamtheit der Gesellschafter als Rechtsträgerin ansieht, kann bei einem Gesellschafterwechsel zugleich auch ein Rechtsträgerwechsel und damit eine Unternehmensveräußerung gegeben sein. Deswegen hält ein Teil der urheberrechtlichen Literatur den Anwendungsbereich des § 34 III S. 1 UrhG beim Gesellschafterwechsel in Personengesellschaften für

---

<sup>114</sup> Von *Frentz/Masch* in ZUM 2009, 354 (364); *Royla/Gramer* in CR 2005, 154 (156); *Scholz* in *Mestmäcker/Schulze*, § 34, Rn. 37; *Schricker* in *Ders.*, § 34, Rn. 7; *Schulze* in *Dreier/Ders.*, § 34, Rn. 30.

<sup>115</sup> *Joppich* in *K&R* 2003, 211 (213); *Loewenheim/Jan Bernd Nordemann* in *Loewenheim*, *Handbuch des Urheberrechts*, § 28, Rn. 8; *Wandtke/Grunert* in *Wandtke/Bullinger*, 2. Auflage, § 34, Rn. 22 (anders jetzt *Wandtke/Grunert* in *Wandtke/Bullinger*, 3. Auflage, § 34, Rn. 22).

<sup>116</sup> *Joppich* in *K&R* 2003, 211 (213); *Wandtke/Grunert* in *Wandtke/Bullinger*, 2. Auflage, § 34, Rn. 22 (anders jetzt *Wandtke/Grunert* in *Wandtke/Bullinger*, 3. Auflage, § 34, Rn. 22).

eröffnet.<sup>117</sup> Die Gegenansicht argumentiert, dass auch Personengesellschaften selbst Träger von Rechten sein können, wie sich zum Beispiel § 124 I HGB ergibt. Daher lässt sich auch begründen, dass der Gesellschafterwechsel nicht zu einem Wechsel des Rechtsträgers führt.<sup>118</sup> Aus demselben Grund wie bei der Anteilsübertragung bei Kapitalgesellschaften ist jedoch auch hier nebensächlich, ob eine Unternehmensveräußerung vorliegt oder nicht. Denn wenn man eine Unternehmensveräußerung annimmt ist die Zustimmung nach § 34 III S. 1 UrhG entbehrlich und wenn man diese ablehnt ergibt sich die Zustimmungsfreiheit daraus, dass kein Rechtsträgerwechsel und damit von vornherein keine Nutzungsrechtsübertragung vorliegt.

### (3) Umwandlungen

Die Umwandlung nach dem Umwandlungsgesetz bewirkt eine Gesamtrechtsnachfolge hinsichtlich der davon betroffenen Vermögensgegenstände.<sup>119</sup> Daher liegt eine Unternehmensveräußerung auch bei den meisten Arten der Umwandlung vor.<sup>120</sup> Das Umwandlungsgesetz unterscheidet vier Arten der Umwandlung: Spaltung, Verschmelzung, Vermögensübertragung und Formwechsel.<sup>121</sup>

#### (a) Spaltung

Die Spaltung wiederum umfasst Aufspaltungen, Abspaltungen und Ausgliederungen.<sup>122</sup> Bei der Aufspaltung wird ein Rechtsträger aufgelöst und sein Vermögen geht auf andere Rechtsträger über. Im Unterschied dazu bleibt bei der Abspaltung der übertragende Rechtsträger bestehen und lediglich ein oder mehrere Vermögensteile gehen auf einen anderen Rechtsträger über. Die Ausgliederung von Vermögensteilen wiederum unterscheidet sich von der Abspaltung dahingehend, dass die in der Gewährung von Anteilen oder Mitgliedschaften bestehende Gegenleistung an den übertragenden Rechtsträger selbst zu gewähren ist, während sie bei der Abspaltung den Anteilsinhabern des übertragenden Rechtsträgers zusteht. Gemeinsam ist sämtlichen Varianten der Spaltung, dass der Vermögensübergang eine Unternehmensveräußerung im Sinne des § 34 III UrhG darstellt.

---

<sup>117</sup> Scholz in Mestmäcker/Schulze, 33. Aktualisierungslieferung Dezember 2002, § 34, Rn. 5; Schrickler in Ders., § 34, Rn. 20.

<sup>118</sup> Royla/Gramer in CR 2005, 154 (157).

<sup>119</sup> Vgl. § 20 I Nr. 1 UmwG.

<sup>120</sup> Vgl. von Frentz/Masch in ZUM 2009, 354 (366); Royla/Gramer in CR 2005, 154 (157); Scholz in Mestmäcker/Schulze, § 34, Rn. 36; Schrickler in Ders., § 34, Rn. 20; Wandtke/Grunert in Wandtke/Bullinger, § 34, Rn. 21.

<sup>121</sup> Vgl. § 1 I UmwG.

<sup>122</sup> Vgl. §§ 1 I Nr. 2, 123 ff. UmwG.

### (b) Verschmelzung

Bei der Verschmelzung ist zwischen der Aufnahme und der Neugründung eines Rechtsträgers zu unterscheiden.<sup>123</sup> Bei der Aufnahme eines Rechtsträgers erfolgt eine vollständige Vermögensübertragung eines oder mehrerer aufzulösender Rechtsträger auf einen bereits bestehenden anderen Rechtsträger. Im Rahmen der Neugründung eines Rechtsträgers wird das vollständige Vermögen zweier oder mehrerer aufzulösender Rechtsträger auf einen neu gegründeten Rechtsträger übertragen. In beiden Fällen liegt eine Unternehmensveräußerung nach § 34 III UrhG vor.

### (c) Vermögensübertragung

Ferner liegt auch bei der Vermögensübertragung eine Unternehmensveräußerung vor.<sup>124</sup> Bei einer Vermögensübertragung überträgt ein aufzulösender Rechtsträger sein Vermögen vollständig oder teilweise auf einen anderen bestehenden Rechtsträger.<sup>125</sup> Der Unterschied zur Spaltung besteht darin, dass die Gegenleistung nicht in Anteilen oder Mitgliedschaften besteht und nur bestimmte Rechtsträger an einer Vermögensübertragung beteiligt sein können.<sup>126</sup> Daher sind die Vorschriften zur Spaltung entsprechend anwendbar.<sup>127</sup>

### (d) Formwechsel

Der Formwechsel ist die einzige Umwandlungsart bei der keine Unternehmensveräußerung vorliegt.<sup>128</sup> Im Gegensatz zu den anderen Arten der Umwandlung liegt beim Formwechsel nämlich keine Änderung des Rechtsträgers vor.<sup>129</sup> Der formale Wechsel in der Gesellschaftsidentität stellt aus wirtschaftlicher Sicht keine Änderung der Rechtszuständigkeit dar. Obwohl keine Unternehmensveräußerung vorliegt ist der Zustimmungsvorbehalt jedoch nicht einschlägig, denn es liegt von vornherein keine Übertragung eines Nutzungsrechts vor.<sup>130</sup>

---

<sup>123</sup> Vgl. §§ 1 I Nr. 1, 2 ff. UmwG.

<sup>124</sup> Vgl. §§ 1 I Nr. 3, 174 ff. UmwG.

<sup>125</sup> Vgl. § 174 UmwG.

<sup>126</sup> Vgl. §§ 174, 175 UmwG.

<sup>127</sup> Vgl. §§ 177, 179, 184, 189 UmwG.

<sup>128</sup> Vgl. §§ 1 I Nr. 4, 190 ff. UmwG.

<sup>129</sup> Hörtnagl in Schmitt/Ders./Stratz, § 190, Rn. 5 f.; Jan Bernd Nordemann in Fromm/Nordemann, § 34, Rn. 25; Royla/Gramer in CR 2005, 154 (158); Schulze in Dreier/Ders., § 34, Rn. 30.

<sup>130</sup> Berger in Festschrift für Schrickler zum 70. Geburtstag, S. 228; Jan Bernd Nordemann in Fromm/Nordemann, § 34, Rn. 25; Wandtke/Grunert in Wandtke/Bullinger, § 34, Rn. 21.

## cc) Rückrufsrecht

Bei Asset Deals und Umwandlungen – abgesehen von Formwechseln – liegt eine Unternehmensveräußerung vor, so dass das Rückrufsrecht des § 34 III S. 2 UrhG einschlägig ist. Selbst wenn man Share Deals nicht als Unternehmensveräußerung einordnet, gilt das Rückrufsrecht jedoch auch für Share Deals bei wesentlichen Änderungen der Beteiligungsverhältnisse nach § 34 III S. 3 UrhG. In all diesen Fällen kann das Nutzungsrecht zurückgerufen werden, wenn dessen Ausübung nach Treu und Glauben unzumutbar ist. Dabei ist das Rückrufsrecht ein Gestaltungsrecht, mit dessen Ausübung der Zweiterwerber sein Nutzungsrecht ex nunc verliert.<sup>131</sup>

### (1) Berechtigte zur Rückrufoausübung

Für die Person des Berechtigten zur Rückrufoausübung gelten im Ausgangspunkt die gleichen Erwägungen wie für die Person des Berechtigten zur Zustimmungserteilung.<sup>132</sup> Zur Rückrufoausübung sind somit nach § 34 III S. 2 UrhG die Programmierer berechtigt. Aufgrund des geringen urheberpersönlichkeitsrechtlichen Gehalts von Computerprogrammen, wird diese Vorschrift jedoch in den meisten Fällen teleologisch zu reduzieren sein. Lediglich wenn die Nutzungsrechtsübertragung ausnahmsweise das Urheberpersönlichkeitsrecht berührt, greift das Rückrufsrecht für die Programmierer ein. Neben den Programmierern ist das Softwareunternehmen als Inhaber der vermögensrechtlichen Befugnisse an dem Computerprogramm zum Rückruf des Nutzungsrechts nach § 34 III S. 2 i.V.m. § 69b UrhG berechtigt. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass man dem Softwareunternehmen nur dann ein solches Rückrufsrecht zuerkennen kann, wenn man in dem Zustimmungsvorbehalt auch die Absicherung vermögensrechtlicher Befugnisse sieht. Zu einem solchen Rückruf aus wirtschaftlichen Gründen wäre dann nur das Softwareunternehmen und nicht die Programmierer berechtigt.<sup>133</sup>

Anders als bei Asset Deals und Share Deals kommt bei Umwandlungen ein Rückruf nur aus urheberpersönlichkeitsrechtlichen Gründen in Betracht. Diese Einschränkung ergibt sich aus der Gesetzesbegründung zur ersatzlosen Streichung der §§ 131 I Nr. 1 S. 2, 132 UmwG a.F.<sup>134</sup> Diese Vorschriften sahen vor, dass bei Spaltungen die Voraussetzungen der allgemeinen Vorschriften zur Übertragbarkeit eines bestimmten Gegenstandes unberührt bleiben. Da § 34 III UrhG als allgemeine Vorschrift zur Übertragbarkeit eines bestimmten Gegenstandes

---

<sup>131</sup> LG Köln ZUM 2006, 149 (152); *Berger* in Festschrift für Schrickler zum 70. Geburtstag, S. 232; *Jan Bernd Nordemann* in *Fromm/Nordemann*, § 34, Rn. 34.

<sup>132</sup> S.o.: 0.

<sup>133</sup> Vgl. *Joppich* in *K&R* 2003, 211 (213); *Wernicke/Kockentiedt* in *ZUM* 2004, 348 (356).

<sup>134</sup> BT Drucksache XVI/2919, S. 19.

angesehen wurde, konnte die Nutzungsrechtsübertragung durch die Ausübung des Rückrufsrechts wieder rückgängig gemacht werden.<sup>135</sup> Derartige Spaltungshindernisse sollten durch die Streichung der §§ 131 I Nr. 1 S. 2, 132 UmwG a.F. weitestgehend beseitigt werden. Von der umwandlungsrechtlichen Rechtsnachfolge sollten nur noch höchstpersönliche Rechte und Pflichten ausgenommen bleiben. Dadurch sollte die Rechtslage bei Spaltungen der Rechtslage bei den anderen Arten der Umwandlung angepasst werden. Aus der Gesetzesänderung ergibt sich somit, dass das Softwareunternehmen bei Umwandlungen kein Rückrufsrecht hat und lediglich das bei Computerprogrammen nur seltene Rückrufsrecht der Programmierer aus persönlichen Gründen bestehen bleibt.<sup>136</sup>

## (2) Treuwidriges Verhalten

In welchen Fällen die Ausübung eines Nutzungsrechts durch den Zweiterwerber dem Softwareunternehmen nach Treu und Glauben nicht mehr zuzumuten ist, hängt von der Abwägung der Interessen des Zweiterwerbers mit den Interessen des Softwareunternehmens beziehungsweise der Programmierer ab. Für die Interessen des Softwareunternehmens und Programmierer kann auf die Erwägungen zur Treuwidrigkeit der Zustimmungsverweigerung zur Nutzungsrechtsübertragung verwiesen werden.<sup>137</sup> Auf Seiten des Zweiterwerbers, ist dessen Interesse am Bestand der von ihm durch die Unternehmensveräußerung erworbenen Nutzungsrechte abzuwägen.<sup>138</sup>

Teilweise wird für die Unzumutbarkeit verlangt, dass ein wichtiger Grund vorliegen muss, wie es bei einem außerordentlichen Kündigungsrecht nach § 314 BGB der Fall ist.<sup>139</sup> Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass der Begriff der Unzumutbarkeit nicht deckungsgleich mit dem wichtigen Grund ist. Ansonsten wäre die gesetzliche Normierung des Rückrufsrechts vor dem Hintergrund des bereits kodifizierten Rechts zur außerordentlichen Kündigung nicht nötig gewesen.<sup>140</sup> Im Ergebnis können daher zwar wichtiger Grund und Unzumutbarkeit gemeinsam vorliegen, zwingend erforderlich ist dies jedoch nicht.

## (3) Frist zur Rückrufoausübung

Das Gesetz sieht keine Frist für die Ausübung des Rückrufsrechts vor. Teilweise wird jedoch vorgeschlagen, die Monatsfrist des § 613a VI BGB oder andere

<sup>135</sup> *Schröder* in *Semler/Stengel*, 1. Auflage, § 132, Rn. 14.

<sup>136</sup> Vgl. *von Frentz/Masch* in *ZUM* 2009, 354 (366); *Müller* in *NZG* 2006, 491 (493).

<sup>137</sup> S.o.: 0.

<sup>138</sup> *Joppich* in *K&R* 2003, 211 (214); *Wandtke/Grunert* in *Wandtke/Bullinger*, § 34, Rn. 25; *Wernicke/Kockentiedt* in *ZUM* 2004, 348 (351).

<sup>139</sup> *Partsch/Reich* in *AfP* 2002, 298 (299).

<sup>140</sup> *Wilhelm Nordemann*, *Das neue Urhebervertragsrecht*, § 34, Rn. 3; *Wernicke/Kockentiedt* in *ZUM* 2004, 348 (351).

gesetzliche Fristen entsprechend anzuwenden.<sup>141</sup> Die analoge Anwendung entspricht aber nicht dem Willen des Gesetzgebers, der eine Befristung des Rückrufsrechts ausdrücklich für nicht erforderlich hielt.<sup>142</sup> Daher fehlt es an einer für die Analogie erforderlichen Regelungslücke.<sup>143</sup> Zu beachten ist jedoch, dass jedenfalls eine Verwirkung des Rückrufsrechts eintreten kann.<sup>144</sup>

#### (4) Begünstigte des Rechtsrückfalls

Die Rechtsfolge des Rückrufs besteht im Rückfall des Nutzungsrechts. Bei traditionellen Werken führt der Rückruf nach überwiegender Auffassung zum Rückfall an den Urheber und damit zum Erlöschen des Nutzungsrechts.<sup>145</sup> Teilweise wird aber auch vertreten, dass nur die Verfügung des Erwerbers an den Veräußerer unwirksam wird, so dass das Nutzungsrecht an den Erwerber zurückfällt.<sup>146</sup> Für letztere Ansicht wird argumentiert, dass für das Rückrufsrecht bei Unternehmensveräußerungen – anders als bei den Rückrufsrechten wegen Nichtausübung des Nutzungsrechts und wegen gewandelter Überzeugung – keine gesetzliche Anordnung des Erlöschens des Nutzungsrechts besteht.<sup>147</sup> Jedoch hat diese Ansicht den Nachteil, dass sie den Rückruf bei einer wesentlichen Änderung der Beteiligungsverhältnisse, bei der kein Rechtsträgerwechsel stattfindet, nicht befriedigend lösen kann.<sup>148</sup> Letztlich kommt es für die Entscheidung der Streitfrage darauf an, wie der in der Privilegierung von Unternehmensveräußerungen liegende Zweck des § 34 III UrhG am Besten verwirklicht werden kann.<sup>149</sup>

Im Fall des Rückrufs des vom Ersterwerber an den Zweiterwerber übertragenen Nutzungsrechts am Computerprogramm besteht die Besonderheit, dass für den Rechtsrückfall grundsätzlich drei Begünstigte in Betracht kommen. Das Nutzungsrecht kann nämlich an den Ersterwerber, an das Softwareunternehmen und an die Programmierer zurückfallen. Die Ansicht, nach der nur

<sup>141</sup> *Berger* in Festschrift für Schrickler zum 70. Geburtstag, S. 232; *Koch-Sembdner* in AFP 2004, 211 (214); *Loewenheim*, Handbuch des Urheberrechts, § 28, Rn. 14; *Partsch/Reich* in AfP 2002, 298 (300 f.); *Schricker* in Ders., § 34, Rn. 20e; *Schulze* in Dreier/Ders, § 34, Rn. 39.

<sup>142</sup> Vgl. BT Drucksache XIV/7564, S. 12.

<sup>143</sup> *Joppich* in K&R 2003, 211 (215); *Scholz* in Mestmäcker/Schulze, §34, Rn. 55; *Wernicke/Kockentiedt* in ZUM 2004, 348 (354).

<sup>144</sup> *Joppich* in K&R 2003, 211 (215); *Kotthoff* in Dreyer/Ders./Meckel, § 34, Rn. 15; *Royla/Gramer* in CR 2005, 154 (159).

<sup>145</sup> *Dreier* in Ders./Schulze, § 34, Rn. 39; *von Frenzt/Masch* in ZUM 2009, 354 (358); *Jan Bernd Nordemann* in Fromm/Nordemann, § 34, Rn. 34; *Scholz* in Mestmäcker/Schulze, § 34, Rn. 57; *Schricker* in Ders., § 34, Rn. 20e; *Wandtke/Grunert* in Wandtke/Bullinger, §34, Rn. 24.

<sup>146</sup> *Berger* in Festschrift für Schrickler zum 70. Geburtstag, S. 232 f.; *Kotthoff* in Dreyer/Ders./Meckel, § 34, Rn. 16.

<sup>147</sup> Vgl. § 41 V, 42 V UrhG.

<sup>148</sup> *Jan Bernd Nordemann* in Fromm/Nordemann, § 34, Rn. 34.

<sup>149</sup> Vgl. *Berger* in Festschrift für Schrickler zum 70. Geburtstag, S. 232 f.; *Kotthoff* in Dreyer/Ders./Meckel, § 34, Rn. 16.

die Verfügung des Ersterwerbers an den Zweiterwerber unwirksam ist, kommt unabhängig von dieser Besonderheit zum gleichen Ergebnis. Danach fällt das Nutzungsrecht an den Ersterwerber zurück. Bei der anderen Ansicht bietet sich jedoch eine differenzierende Betrachtung dahingehend an, dass im Fall der Ausübung des Rückrufsrechts durch die Programmierer das Nutzungsrecht an diese zurückfällt, während im Fall der Ausübung des Rückrufsrechts durch das Softwareunternehmen dieses wieder Inhaber des Nutzungsrechts wird. Diese Unterscheidung lässt sich damit begründen, dass der Rückruf der Programmierer aus urheberpersönlichkeitsrechtlichen Gründen zu einem Rückfall an die Programmierer führen sollte, während der Rückruf aus vermögensrechtlichen Gründen zu einem Rückfall an das Softwareunternehmen als Inhaber sämtlicher vermögensrechtlicher Befugnisse angemessen erscheint.

### 3. Gesamtschuldnerische Haftung bei Zustimmungsfreiheit

Grundsätzlich löst die Übertragung von Nutzungsrechten ohne Zustimmung die gleichen Rechtsfolgen aus wie die Übertragung mit Zustimmung. Lediglich bestimmt § 34 IV UrhG, dass in Ermangelung einer Zustimmung der Erwerber eines Nutzungsrechts gesamtschuldnerisch für die Erfüllung der sich aus dem Vertrag mit dem Urheber ergebenden Verpflichtungen des Veräußerers haftet. Unmittelbar findet diese Haftungsbestimmung in der vorliegenden Konstellation jedoch keine Anwendung. Der Ersterwerber hat nämlich keinen Vertrag mit den Programmierern geschlossen, sondern nur mit dem Softwareunternehmen.<sup>150</sup>

Bei der Übertragung von Nutzungsrechten an Computerprogrammen, ist jedoch § 34 IV UrhG über § 69b UrhG auch zugunsten des Softwareunternehmens anzuwenden. Nach § 69b UrhG ist das Softwareunternehmen nämlich Inhaber aller vermögensrechtlichen Befugnisse an dem Computerprogramm. Es tritt insoweit an die Stelle der Programmierer und ist damit berechtigt alle vermögensrechtlichen Befugnisse – zu denen auch die gesamtschuldnerische Haftung des Zweiterwerbers für die Erfüllung der sich aus dem Lizenzvertrag zwischen Softwareunternehmen und Ersterwerber ergebenden Verpflichtungen zählt – geltend zu machen.

### C. Schlussbemerkungen

Am Ende der Betrachtung zeigt sich, dass viele Fragen der Weiterübertragung von Nutzungsrechten an Computerprogrammen noch nicht ausreichend geklärt sind. So ist zur Beantwortung der Frage, ob es für den Zustimmungsvorbehalt

---

<sup>150</sup> Vgl. von *Frentz/Masch* in ZUM 2009, 354 (359); *Harte-Bavendamm/Wiebe* in Kilian/Heussen, Kap. 51, Rn. 91.



zur Nutzung sowie den Rückruf des Nutzungsrechts auf die Programmierer, das Softwareunternehmen oder beide ankommt, die Bestimmung des Schutzzwecks des § 34 UrhG erforderlich. Bei der Frage nach dem Umfang des Zustimmungsvorbehalts ist wiederum die Reichweite des Erschöpfungsgrundsatzes – entweder nur auf das Verbreitungsrecht beschränkt oder auch auf die Nutzungsrechtseinräumung bezogen – maßgeblich. Diese Beispiele verdeutlichen, dass eine angemessene Beantwortung der jeweiligen Fragestellung, eine Analyse der einschlägigen grundsätzlichen Wertungen des Urheberrechts voraussetzt. Insoweit wird die Anwendung des Urheberrechts auf Computerprogramme auch in Zukunft kontrovers diskutiert werden und bis auf Weiteres eine echte Herausforderung bleiben.

### **Summary**

Computer programs are literary works, and as such they are protected under the German Copyright Act, §69a. From this copyright protection it follows that both the use of computer programs and the transfer of use rights require permission. This paper aims to analyze the possibilities of a transfer of use rights from a licensee of a computer program to a third party.