

RAPHAEL WEISS

Was bleibt
vom urheberrechtlichen
Erschöpfungsgrundsatz?

*Geistiges Eigentum und
Wettbewerbsrecht*
198

Mohr Siebeck

Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht

herausgegeben von

Peter Heermann, Axel Metzger,
Ansgar Ohly und Olaf Sosniza

198



Raphael Weiß

Was bleibt
vom urheberrechtlichen
Erschöpfungsgrundsatz?

Mohr Siebeck

Raphael Weiß, geboren 1997; Studium der Rechtswissenschaften an der Ludwig-Maximilians-Universität München; 2020 Erste Juristische Prüfung; Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Recht des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrecht der LMU München; Masterstudium an der New York University School of Law (LLM in Competition, Innovation and Information Law); 2024 Promotion; Referendariat am Hanseatischen Oberlandesgericht.
orcid.org/0009-0003-3708-4519

ISBN 978-3-16-164547-1 / eISBN 978-3-16-164548-8
DOI 10.1628/978-3-16-164548-8

ISSN 1860-7306 / eISSN 2569-3956 (Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <https://dnb.dnb.de> abrufbar. Zugl.: Diss., Ludwig-Maximilians-Universität München, 2024.

© 2025 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung sowie die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Gedruckt auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier.

Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Wilhelmstraße 18, 72074 Tübingen, Deutschland
www.mohrsiebeck.com, info@mohrsiebeck.com

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2023/24 von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten bis Dezember 2023 berücksichtigt werden.

Außerordentlicher Dank gilt meinem Doktorvater, Prof. Dr. Ansgar Ohly, LL.M. (Cambridge), nicht nur für die vertrauensvolle und intensive Betreuung dieser Arbeit, bei der mir stets alle Möglichkeiten gegeben und alle Freiheiten gelassen wurden, sondern besonders für die unbedingte und fortwährende persönliche Förderung in vielfältiger Weise. Die Promotionszeit und besonders die Zeit als Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Münchener Lehrstuhl werde ich in bester Erinnerung behalten. Ebenso danke ich Prof. Dr. Matthias Leistner, LL.M. (Cambridge) für die Erstellung des Zweitgutachtens und wertvolle Anregungen auf diversen Doktorandenseminaren. Dem Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb danke ich für die Nutzungsmöglichkeit der Bibliothek während der gesamten Promotionszeit. Den Herausgebern danke ich für die Aufnahme in diese Schriftenreihe. Für die Gewährung großzügiger Druckkostenzuschüsse danke ich der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht e.V. sowie der Studienstiftung *ius vivum*. Schließlich danke ich meiner Familie und allen Freunden und Kollegen, die auf die ein oder andere Weise zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen haben. Besonderer Dank gilt meinen Eltern, ohne deren Förderung diese Arbeit nicht möglich gewesen wäre. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Brüssel, im März 2025

Raphael Weiß

Inhaltsübersicht

Vorwort.....	VII
Inhaltsverzeichnis.....	XI
<i>Einführung</i>	1
A. Anlass und Gegenstand der Untersuchung.....	1
B. Die Entwicklung der Vertriebsmodelle.....	3
C. Forschungsfrage.....	8
D. Gang der Darstellung.....	10
<i>Teil 1: Der Vertrieb physischer Werkexemplare</i>	13
A. Der Erschöpfungsgrundsatz.....	13
B. Abgrenzung zum Vervielfältigungsrecht.....	51
C. Der Erschöpfungsgrundsatz und der spezifische Gegenstand des Urheberrechts.....	55
D. Ergebnis zu Teil 1.....	68
<i>Teil 2: Die Verkehrsfähigkeit digitaler Inhalte im Rahmen eines einmaligen Leistungsaustauschs</i>	69
A. Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes im Online-Bereich.....	69
B. Urheberrechtliche Relevanz von Nutzungshandlungen.....	110
C. Schuldrechtliche Ebene.....	136
D. Dingliche Ebene.....	199
E. Alternative Lösungsmöglichkeiten.....	212
F. Ergebnis zu Teil 2.....	214
<i>Teil 3: Die Verkehrsfähigkeit digitaler Inhalte im Rahmen von Dauerschuldverhältnissen</i>	217
A. Grundlegendes.....	217
B. Urheberrechtliche Relevanz von Nutzungshandlungen.....	221
C. Schuldrechtliche Ebene.....	245

D. Dingliche Ebene	260
E. Alternative Lösungsmöglichkeiten	263
F. Ergebnis zu Teil 3	267
<i>Teil 4: Kartellrechtliche Beurteilung</i>	269
A. Ökonomische Besonderheiten von digitalen Plattformmärkten	270
B. Anwendung des Kartellrechts auf Rechte des geistigen Eigentums	273
C. Kartellverbot, Art. 101 AEUV	277
D. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, Art. 102 AEUV	283
E. Anwendung des Digital Markets Act	305
F. Ergebnis zu Teil 4	325
<i>Fazit</i>	327
A. Der Erschöpfungsgrundsatz – Relikt der analogen Zeit?	327
B. Zusammenfassung in Thesen	330
Literaturverzeichnis	335
Sachverzeichnis	389

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	VII
Inhaltsübersicht	IX
Einführung.....	1
<i>A. Anlass und Gegenstand der Untersuchung</i>	1
<i>B. Die Entwicklung der Vertriebsmodelle</i>	3
I. Vertrieb physischer Werkexemplare	4
II. Vertrieb mittels Downloads	5
III. Vertrieb mittels Streaming	6
<i>C. Forschungsfrage</i>	8
I. Forschungsbedarf.....	8
II. Eingrenzung der Forschungsfrage.....	10
<i>D. Gang der Darstellung</i>	10
Teil 1: Der Vertrieb physischer Werkexemplare	13
<i>A. Der Erschöpfungsgrundsatz</i>	13
I. Die Ursprünge der Erschöpfungslehre.....	14
1. Die Ansätze Josef Kohlers	14
2. Anerkennung durch die Rechtsprechung.....	17
3. Von der implied license zum Erschöpfungsgrundsatz – und zurück?	18
II. Begründungsansätze.....	21
1. Eigentumstheorie.....	22
2. Verkehrssicherungstheorie.....	23
3. Belohnungstheorie	24
4. Sonstige Begründungsansätze	25
5. Zwischenergebnis	26

III. Voraussetzungen der Erschöpfung	26
1. Gegenstand der Erschöpfung: Das Verbreitungsrecht	28
a) Rechtsquellen	28
aa) Deutsches Recht	28
bb) Europäisches Recht	29
cc) Völkerrechtliche Verträge	30
b) Tatbestand des Verbreitungsrechts	31
aa) Original oder Vervielfältigungsstücke	31
(1) Körperliche Werkexemplare	31
(2) Feste Verbindung von Werk und Trägermedium	33
bb) Öffentlichkeit	34
cc) Verbreitungshandlung	35
2. Schrankenregelung oder Schutzbereichsbegrenzung?	38
3. Umfang der Erschöpfungswirkung	40
a) Umfang der Erschöpfungswirkung bei Einräumung eines beschränkten Nutzungsrechts	41
b) Erschöpfung im Europäischen Wirtschaftsraum	44
c) Erschöpfung bei Wechsel des Trägermediums?	45
IV. Wirtschaftliche Bedeutung des Erschöpfungsgrundsatzes	46
1. Wirtschaftliche Grundüberlegungen	46
2. Der grenzüberschreitende Handel in der Rechtsprechung des EuGH	48
V. Zusammenfassung und Ergebnis	50
<i>B. Abgrenzung zum Vervielfältigungsrecht</i>	<i>51</i>
I. Nähe zum Verbreitungsrecht	51
II. Erschöpfung des Vervielfältigungsrechts?	52
III. Zusammenfassung und Ergebnis	54
<i>C. Der Erschöpfungsgrundsatz und der spezifische Gegenstand des Urheberrechts</i>	<i>55</i>
I. Der Erschöpfungsgrundsatz als allgemeine Rechtsregel?	55
II. Der spezifische Gegenstand des Urheberrechts	60
1. Entwicklung durch den EuGH	60
2. Inhalt des spezifischen Gegenstands	60
3. Vereinbarkeit mit dem Beteiligungsgrundsatz	64
III. Das „neue Publikum“ als Ausprägung des spezifischen Gegenstands....	65
IV. Zusammenfassung und Ergebnis	67
<i>D. Ergebnis zu Teil I</i>	<i>68</i>

Teil 2: Die Verkehrsfähigkeit digitaler Inhalte im Rahmen eines einmaligen Leistungsaustauschs.....	69
<i>A. Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes im Online-Bereich.....</i>	<i>69</i>
I. Hintergrund: Fehlende Verknüpfung von Sacheigentum und Werkverkörperung	70
II. Vertrieb digitaler Werkexemplare als Verbreitungshandlung	71
III. Die Anwendbarkeit des Erschöpfungsgrundsatzes beim Vertrieb digitaler Werkexemplare.....	74
IV. Wirtschaftliche Vergleichbarkeit analoger und digitaler Vertriebsformen.....	78
1. Argumente für eine wirtschaftliche Vergleichbarkeit.....	78
2. Argumente gegen eine wirtschaftliche Vergleichbarkeit	80
3. Absicherung durch Implementierung technischer Schutzmaßnahmen.....	82
V. Entwicklung der Rechtsprechung.....	83
1. EuGH: Usedsoft.....	84
a) Sachverhalt.....	85
b) Meinungsstand vor dem Urteil	85
c) Verfahrensgang	87
aa) LG München I.....	87
bb) Die Vorlage des BGH	88
cc) Die Entscheidung des EuGH.....	92
d) Kritik.....	93
aa) Dogmatische Unschärfe	93
bb) Definition des Verkaufs	95
cc) Wirtschaftliche Argumentation	96
dd) Nutzungsberechtigung	96
ee) Praktische Hürden.....	97
ff) Zwischenergebnis	97
2. Folgeurteile	98
a) BGH: Usedsoft II und Usedsoft III	98
b) BGH: Green-IT	99
c) EuGH: Ranks u.a.....	100
3. EuGH: Tom Kabinet.....	101
a) Sachverhalt.....	101
b) Meinungsstand vor dem Urteil	102
c) Die Entscheidung des EuGH	102
d) Kritik.....	105
aa) Unterschiedliche Auslegung des Verbreitungsrechts.....	105
bb) Kriterium der Öffentlichkeit.....	106
cc) Kriterium des neuen Publikums	106

dd) Angemessene Kompensation.....	107
4. Zwischenergebnis	108
VI. Zusammenfassung und Ergebnis	109
<i>B. Urheberrechtliche Relevanz von Nutzungshandlungen</i>	<i>110</i>
I. Erwerb digitaler Inhalte	111
1. Betroffene Verwertungsrechte	111
2. Schrankenregelungen.....	111
3. Zwischenergebnis	113
II. Nutzung digitaler Inhalte.....	114
1. Betroffene Verwertungsrechte	114
2. Schrankenregelungen.....	115
a) Vorübergehende Vervielfältigungen, § 44a UrhG.....	115
aa) Vorübergehende Vervielfältigungshandlung	116
bb) Rechtmäßige Nutzung.....	116
cc) Keine eigene wirtschaftliche Bedeutung	118
dd) Drei-Stufen-Test	118
ee) Zwischenergebnis	119
b) Privatkopie, § 53 UrhG.....	119
c) Kritik.....	120
3. Zwischenergebnis	121
III. Weiterübertragung digitaler Inhalte.....	122
1. Betroffene Verwertungsrechte	122
a) Vervielfältigung, § 16 UrhG.....	122
b) Verbreitung, § 17 UrhG.....	123
c) Öffentliche Zugänglichmachung, § 19a UrhG	123
aa) Wiedergabehandlung	123
bb) Öffentlichkeit.....	124
(1) Recht große Anzahl potenzieller Adressaten.....	124
(2) Neues Publikum oder neues technisches Verfahren	125
cc) Zwischenergebnis	126
2. Schrankenregelungen.....	127
a) Vorübergehende Vervielfältigungen, § 44a UrhG.....	127
b) Privatkopie, § 53 UrhG.....	127
aa) Ersterwerber	128
bb) Zweiterwerber.....	128
3. Zwischenergebnis	129
IV. Beschränkung urheberrechtlicher Schranken.....	129
1. Vertragliche Beschränkung urheberrechtlicher Schranken	129
a) Vorübergehende Vervielfältigungshandlungen, § 44a UrhG	130
b) Privatkopie, § 53 UrhG.....	131

2. Kontrolle der Werknutzung durch Einsatz technischer Maßnahmen	132
a) Schutz technischer Maßnahmen, § 95a UrhG	132
b) Einschränkung durchsetzungsstarker Schranken, § 95b Abs. 3 UrhG	132
V. Zusammenfassung und Ergebnis	134
<i>C. Schuldrechtliche Ebene</i>	136
I. Vertragstypologische Einordnung	136
1. Vertrag zwischen Anbieter und Nutzer	136
a) Dateien als Leistungsgegenstand	137
b) Dauerhafte Nutzungsmöglichkeit als Leistungspflicht	138
c) „Lizenzrechtliches Element“ im Kaufvertrag	140
d) Anwendbarkeit der §§ 327 ff. BGB	141
aa) Begriff der digitalen Inhalte	142
bb) Begriff der Bereitstellung	143
e) Zwischenergebnis	144
2. Zusätzlicher Vertrag zwischen Nutzer und Rechtsinhaber?	144
3. Zwischenergebnis	147
II. Verhältnis der DID-RL zur InfoSoc-RL	147
1. Art. 3 Abs. 9 DID-RL: InfoSoc-RL bleibt unberührt	147
2. Art. 10 DID-RL: Rechte Dritter	148
3. Unmöglichkeit der Rechteeinräumung durch den Unternehmer	150
4. Zwischenergebnis	151
III. Verkehrsfähigkeit als geschuldete Leistungspflicht	152
1. Mangelbegriff, § 327d BGB	153
a) Objektiver und subjektiver Mangelbegriff	153
b) Produktmangel, § 327e BGB	155
aa) Weiterübertragbarkeit als Teil der Funktionalität	155
bb) Objektive Anforderungen an die Funktionalität	156
cc) Subjektive Anforderungen an die Funktionalität	156
c) Rechtsmangel, § 327g BGB	157
d) Zwischenergebnis	157
2. Methodik: Was ist eine vernünftige Verbrauchererwartung?	157
a) Grundlagen: Kognitive und normative Erwartungen	158
b) Quellen der objektiven Verbrauchererwartung	159
aa) Probleme mit dem Vergleichsmaßstab	159
bb) Übertragen der Verbrauchererwartungen aus der analogen Welt?	160
cc) Verbrauchererwartungen durch das Marktgeschehen	161
dd) Verbrauchererwartungen durch das Gesetz	162
ee) Zwischenergebnis	163

c) Berechtigte Erwartungen durch Wertungen der AGB-Kontrolle	163
d) Zwischenergebnis	165
3. Feststellen einer Verbrauchererwartung	165
a) Empirische Untersuchungen	168
b) Kritik	169
4. Schutzwürdigkeit der Verbrauchererwartung	171
a) Kontrollmaßstab	171
b) AGB-Kontrolle von urheberrechtlichen Verträgen	172
c) Gesetzliches Leitbild, § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB	173
aa) Erschöpfungsgrundsatz, § 17 Abs. 2 UrhG	174
bb) Übertragung von Nutzungsrechten, § 34 Abs. 1 UrhG	175
cc) Übertragungszweckgedanke, § 31 Abs. 5 UrhG	179
dd) Kaufvertrag, §§ 433, 453 BGB	180
(1) Konkretisierung der Hauptleistungspflicht	181
(2) Vergleich zur Eigentumsverschaffung beim Sachkauf	182
(3) Konflikt zwischen Sacheigentum und Urheberrecht	184
(4) Zwischenergebnis	188
ee) Nutzung nach Vertragsbeendigung, § 327p BGB	188
ff) Verfügungsverbot und Abtretung, §§ 137, 398, 413 BGB	188
gg) Zwischenergebnis	190
d) Gefährdung des Vertragszwecks, § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB	191
e) Unangemessene Benachteiligung, § 307 Abs. 1 BGB	192
5. Zwischenergebnis	193
IV. Folgefragen	194
1. Durchsetzung	194
a) Herstellung des vertragsgemäßen Zustands, § 327i Abs. 1 BGB	194
b) Unmöglichkeit der Nacherfüllung, § 327i Abs. 2 BGB	194
2. Umgehungsmöglichkeiten durch den Einsatz technischer Schutzmaßnahmen	196
3. Abweichende Vereinbarung über Produktmerkmale, § 327h BGB	197
4. Angemessene Berücksichtigung finanzieller Belange	198
V. Zusammenfassung und Ergebnis	199
<i>D. Dingliche Ebene</i>	199
I. Rechteeinräumung im Urheberrecht	201
1. Lizenz und Nutzungsrecht	201
2. Stufenleiter der Gestattungen	201
3. Übertragbarkeit von Nutzungsrechten	204
II. Rechteeinräumung im Verhältnis von Urheber zu Verwerter	205
1. Problematik	205
2. Lösung über den Übertragungszweckgedanken	206
III. Rechteeinräumung im Verhältnis von Verwerter zu Ersterwerber	206

1. Weiterübertragung digitaler Inhalte als eigenständige Nutzungsart	206
2. Verhältnis von Schrankenregelungen zu Nutzungsrechten	207
IV. Übertragung der Nutzungsrechte von Ersterwerber auf Zweiterwerber	209
1. Grundsatz: Verkehrsfähigkeit von Nutzungsrechten	209
2. Ausnahme: Nicht-abtretbare Nutzungsrechte	210
V. Zusammenfassung und Ergebnis	211
<i>E. Alternative Lösungsmöglichkeiten</i>	212
I. Eigentumsförmige Zuordnungsrechte	212
II. Weiterveräußerungsverbot als Klauselverbot i.S.d. § 309 BGB	213
<i>F. Ergebnis zu Teil 2</i>	214

Teil 3: Die Verkehrsfähigkeit digitaler Inhalte im Rahmen von Dauerschuldverhältnissen

<i>A. Grundlegendes</i>	217
I. Praktisches Bedürfnis für die Verkehrsfähigkeit von Inhalten beim Streaming	218
II. Technische Hintergründe	219
1. On-demand-Streaming	219
2. Live-Streaming	220
3. Progressiver Download	221
<i>B. Urheberrechtliche Relevanz von Nutzungshandlungen</i>	221
I. Nutzung digitaler Inhalte	221
1. Schutzgegenstand	222
a) Werk, § 2 Abs. 2 UrhG	222
b) Anknüpfungspunkt für die Beurteilung der Werkqualität	224
2. Vervielfältigungen, § 16 UrhG	226
aa) Zwischenspeicherungen	226
bb) Wiedergabe	227
cc) Handelnder	228
dd) Zwischenergebnis	229
3. Schrankenregelungen	230
a) Vorübergehende Vervielfältigungen, § 44a UrhG	230
b) Privatkopie, § 53 UrhG	232
c) De lege ferenda: Schranke der bestimmungsgemäßen Nutzung	234
d) Zwischenergebnis	235

4. Zwischenergebnis	236
II. Weiterübertragung des Zugangs	236
1. Betroffene Verwertungsrechte	237
a) Öffentliche Zugänglichmachung, § 19a UrhG	237
aa) Zugänglichmachen	237
bb) Öffentlichkeit	239
cc) Handelnder	239
dd) Zwischenergebnis	240
b) Unbenannter Fall der öffentlichen Wiedergabe, § 15 Abs. 2 S. 1 UrhG	240
aa) Wiedergabehandlung	241
bb) Öffentlichkeit	241
(1) Recht große Zahl potenzieller Adressaten	242
(2) Neues Publikum	242
2. Zwischenergebnis	243
III. Zusammenfassung und Ergebnis	244
<i>C. Schuldrechtliche Ebene</i>	245
I. Vertragstypologische Einordnung	245
1. Ersterwerb	245
a) Bereitstellung digitaler Inhalte als eigenständiger Vertragstyp ...	246
b) Mietvertrag, § 535 BGB	246
c) Dienstvertrag, § 611 BGB	248
d) Lizenzvertrag	249
e) Zwischenergebnis	249
2. Zweiterwerb	249
a) Rechtskauf, §§ 433, 453 BGB	250
b) Vertragsübernahme	250
II. Verkehrsfähigkeit als geschuldete Leistungspflicht	251
1. Anwendbarkeit der §§ 327 ff. BGB	251
2. Mangelbegriff, § 327d BGB	252
a) Produktmangel, § 327e BGB	252
aa) Objektive Anforderungen, § 327e Abs. 3 BGB	252
bb) Subjektive Anforderungen, § 327e Abs. 2 BGB	253
b) Rechtsmangel, § 327g BGB	253
c) Zwischenergebnis	253
3. Feststellen einer Verbrauchererwartung	254
4. Schutzwürdigkeit der Verbrauchererwartung	254
a) Kontrollfähigkeit, § 307 Abs. 3 BGB	254
b) Vertragliches Leitbild, § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB	256
aa) Mietvertragliches Leitbild	256
bb) Dienstvertragliches Leitbild	257

cc) § 398 BGB als Leitbild	258
c) Gefährdung des Vertragszwecks, § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB	258
d) Unangemessene Benachteiligung, § 307 Abs. 1 BGB	258
III. Zusammenfassung und Ergebnis	259
<i>D. Dingliche Ebene</i>	260
I. Abtretung des Anspruchs, § 398 BGB	260
II. Einräumung von Nutzungsrechten	262
1. Rechteeinräumung im Verhältnis von Urheber und Verwerter	262
2. Rechteeinräumung im Verhältnis von Verwerter und Nutzer	262
<i>E. Alternative Lösungsmöglichkeiten</i>	263
I. Zugangslizenzen	263
II. Übertragbarkeit als Hauptleistungspflicht	264
III. Gesetzgeberischer Handlungsbedarf?	265
IV. Zusammenfassung und Ergebnis	267
<i>F. Ergebnis zu Teil 3</i>	267
Teil 4: Kartellrechtliche Beurteilung	269
<i>A. Ökonomische Besonderheiten von digitalen Plattformmärkten</i>	270
<i>B. Anwendung des Kartellrechts auf Rechte des geistigen Eigentums</i>	273
I. Geistiges Eigentum und Kartellverbot	275
II. Geistiges Eigentum und Marktmachtmissbrauch	275
<i>C. Kartellverbot, Art. 101 AEUV</i>	277
I. Unternehmensbegriff	277
II. Koordinierungstatbestand	278
III. Wettbewerbsbeschränkung	279
IV. Freistellung	280
1. Gruppenfreistellung	280
2. Einzelfreistellung	281
V. Zusammenfassung und Ergebnis	283
<i>D. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, Art. 102 AEUV</i>	283
I. Marktbeherrschende Stellung	284
1. Relevanter Markt	284

a) Geistiges Eigentum und relevanter Markt.....	285
b) Sachlich relevanter Markt.....	286
c) Räumlich relevanter Markt.....	288
2. Feststellen der marktbeherrschenden Stellung	289
a) Beurteilungskriterien.....	289
b) Marktbeherrschende Stellung auf dem Lizenzmarkt	291
c) Marktbeherrschende Stellung auf dem Produktmarkt	292
d) Kollektive Marktbeherrschung	293
e) Zwischenergebnis.....	295
II. Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung	295
1. Missbrauch durch Ausübung des Urheberrechts?.....	295
2. Lizenzverweigerung einzelner Unternehmen	296
a) Wesentliche Einrichtung	298
b) Ausschaltung des Wettbewerbs auf dem nachgelagerten Markt..	298
c) Rechtfertigung.....	300
3. Konditionenmissbrauch, Art. 102 S. 2 lit. a) AEUV	300
a) Verhinderung eines Sekundärmarktes für digitale Güter als legitimer Zweck	302
b) Verhältnismäßigkeit	303
4. Zwischenergebnis	304
III. Zusammenfassung und Ergebnis	305
 <i>E. Anwendung des Digital Markets Act</i>	 305
I. Anwendbarkeit.....	306
1. Verhältnis zu nationalem Recht	306
2. Verhältnis zu sonstigem EU-Recht	309
II. Regelungstechnik.....	310
III. Torwächter.....	310
1. Marktabgrenzung.....	311
2. Definition	311
a) Erheblicher Einfluss auf den Binnenmarkt, Art. 3 Abs. 1 lit. a) DMA.....	312
b) Plattformdienst, Art. 3 Abs. 1 lit. b) DMA	312
aa) Zentraler Plattformdienst	312
(1) Video-Sharing-Plattform-Dienste, Art. 2 Nr. 2 lit. d) DMA.....	313
(2) Online-Vermittlungsdienste, Art. 2 Nr. 2 lit. a) DMA....	315
bb) Zugangstor zum Endnutzer	316
cc) Quantitative Schwellenwerte.....	317
c) Gefestigte und dauerhafte Position, Art. 3 Abs. 1 lit. c) DMA....	317
3. Benennung als Torwächter	318
4. Nicht erfasste Unternehmen.....	318

IV. Verhaltenspflichten für Torwächter.....	319
1. Verbot von Meistbegünstigungsklauseln, Art. 5 Abs. 3 DMA.....	319
2. Zugang zu Angeboten gewerblicher Nutzer, Art. 5 Abs. 5 DMA.....	321
3. Wechselmöglichkeiten, Art. 6 Abs. 6 DMA.....	322
4. Interoperabilität, Art. 6 Abs. 7 DMA.....	322
5. Datenportabilität, Art. 6 Abs. 9 DMA.....	323
6. Zwischenergebnis.....	323
V. Durchsetzung.....	324
VI. Zusammenfassung und Ergebnis.....	325
<i>F. Ergebnis zu Teil 4.....</i>	<i>325</i>
Fazit.....	327
<i>A. Der Erschöpfungsgrundsatz – Relikt der analogen Zeit?.....</i>	<i>327</i>
<i>B. Zusammenfassung in Thesen.....</i>	<i>330</i>
Literaturverzeichnis.....	335
Sachverzeichnis.....	389

Einführung

A. Anlass und Gegenstand der Untersuchung

Der Jubel¹ war verfrüht: Die vieldiskutierte *Usedsoft*-Entscheidung des EuGH², mit der die Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes auf den Online-Vertrieb von Software ausgeweitet wurde, hat nicht zum Entstehen eines Sekundärmarktes für Software geführt.³ Für traditionelle Werke, die über das Internet vertrieben werden, ist der Erschöpfungsgrundsatz nach der neueren *Tom Kabinet*-Entscheidung des EuGH⁴ nicht anwendbar. Dies führt dazu, dass nach urheberrechtlicher Beurteilung der Nutzer⁵ beim Erwerb digitaler Inhalte deutlich schlechter gestellt ist als beim Erwerb über physische Datenträger. Hat der Erschöpfungsgrundsatz im digitalen Umfeld ausgedient?

Ein Flohmarkt wäre ohne den Erschöpfungsgrundsatz kaum möglich. Die Verkehrsfähigkeit von gebrauchten Büchern und Zeitschriften, CDs und DVDs, Bildern und Drucken ist im analogen Kontext eine Selbstverständlichkeit. Jeder weiß, dass er ein gelesenes Buch auf dem Flohmarkt kaufen und verkaufen darf, ohne dabei eine Rechtsverletzung zu begehen. Diese Situation ändert sich, wenn es sich nicht um ein gedrucktes Buch, sondern um ein elektronisches Buch, also ein E-Book, handelt. Aktuelle Verbraucherbefragungen zeigen, dass es zu den größten Problemen beim Online-Erwerb digitaler Inhalte gehört, dass es Nutzern nicht möglich ist, digitale Inhalte zu kopieren, zu verleihen oder weiterzugeben.⁶ Ob diese Ungleichbehandlung gerechtfertigt ist, war in den letzten Jahren ein wesentlicher Streitpunkt in der juristischen Literatur.⁷ Auf politischer Ebene war

¹ *Grigoriadis*, JICLT 2013, 198 („the beginning of a new era“); *Dreyer*, in: Grünberger (Hrsg.), *Die Kollision von Urheberrecht und Nutzerverhalten*, 2014, S. 131 ff. („Meilenstein in der Geschichte des Urheberrechts“); *Schneider/Spindler*, CR 2012, 489 („dogmatische Sensation“).

² EuGH, Urt. v. 03.07.2012, Rs. C-128/11 = GRUR 2012, 904 – *UsedSoft*.

³ *Kubach*, DSRITB 2016, 341 ff.

⁴ EuGH, Urt. v. 19.12.2019, Rs. C-263/18 = GRUR 2020, 179 – *Tom Kabinet*.

⁵ Hier und in der folgenden Arbeit wird aus Gründen der besseren Verständlichkeit das generische Maskulinum verwendet. Gemeint sind aber stets alle Geschlechter.

⁶ Vgl. *Baier/Sänn*, in: Schmidt-Kessel/Kramme/Hauck u.a. (Hrsg.), *Geschäftsmodelle in der digitalen Welt*, 2017, S. 139, 143, die eine Auswertung von 37 Studien und datenbasierten Stellungnahmen vorgenommen haben (s. dort Tabelle 1).

⁷ Zur Ungleichbehandlung von alten und neuen Medien siehe grundlegend *Heinz*, 2006.

die Stimmungslage eindeutig. Bereits seit über zehn Jahren kommen aus verschiedenen politischen Lagern Rufe nach einer rechtlichen Gleichstellung von Vertrieb physischer Werkexemplare und digitalen Geschäftsmodellen. Bereits 2011 sprach sich die Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“ des Bundestags dafür aus, rechtliche Rahmenbedingungen für einen Gebrauchtmärkte für digitale lizenzierte Güter zu schaffen.⁸ In dieselbe Richtung zielte ein Gesetzentwurf aus dem Jahr 2013 mit dem Titel „Entwurf eines Gesetzes zur Ermöglichung der privaten Weiterveräußerung unkörperlicher Werkexemplare“, der durch Einführung eines § 17a UrhG einen Gebrauchtmärkte für digitale Inhalte ermöglichen sollte.⁹ Die „Arbeitsgruppe Digitaler Neustart“, eine Arbeitsgruppe im Rahmen der Justizministerkonferenz der Länder, äußerte sich 2017 dahingehend, dass bei der Frage der Weiterübertragbarkeit digitaler Inhalte eine Differenzierung nach Art des Vertriebs keine Rolle spielen sollte.¹⁰ Sogar der Bundesrat setzte sich 2016 für eine Weiterveräußerbarkeit von digitalen Gütern ein.¹¹

Die rechtliche Ungleichbehandlung der Vertriebsformen wurde nun scheinbar beseitigt. Mit Umsetzung der Digitale-Inhalte-Richtlinie (DID-RL)¹² wurde ein neuer Titel in das BGB eingeführt, der in den §§ 327 ff. BGB spezielle Regelungen für Verträge über digitale Produkte enthält. Eine wesentliche Neuerung findet sich in § 327 Abs. 5 BGB, wonach es keinen Unterschied machen soll, ob ein Inhalt über Download oder mittels eines physischen Trägermediums bereitgestellt wird.¹³ Der Gesetzgeber möchte die Schlechterstellung beim Erwerb digi-

⁸ Vgl. BT-Drs. 17/7899, S. 96.

⁹ Entwurf eines Gesetzes zur Ermöglichung der privaten Weiterveräußerung unkörperlicher Werkexemplare, BT-Drs. 17/8377.

¹⁰ *Justizministerium NRW*, Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“ der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister der Länder, 2017 (https://www.justiz.nrw.de/JM/schwerpunkte/digitaler_neustart/zt_bericht_arbeitsgruppe/bericht_ag_dig_neustart.pdf), S. 229 (geprüft am 13.12.2024) („[...] ob Unterschiede in den geltenden Bestimmungen mit Bezug auf den datenträgerlosen und den datenträgergebundenen Erwerb digitaler Inhalte generell gerechtfertigt sind. Betont man den Aspekt der Medienneutralität, wird man diese Frage allerdings verneinen müssen.“); zur Medienneutralität s.a. *Faust*, 2016, S. A12.

¹¹ „Der Bundesrat setzt sich weiterhin für eine Einführung eines Weiterveräußerungsrechts für rechtmäßig erworbene digitale Güter ein. Die gegenwärtige Rechtslage führt zu einer Ungleichbehandlung körperlicher Werke (zum Beispiel Bücher) gegenüber digitalen Werken (zum Beispiel e-Books), indem Verbraucherinnen und Verbrauchern beim Erwerb von digitalen Gütern häufig durch Allgemeine Geschäftsbedingungen sowie durch technische Schutzmaßnahmen (sogenanntes Digitales Rechtemanagement) untersagt beziehungsweise verwehrt wird, ein erworbenes Produkt etwa weiter zu verkaufen oder zu verschenken. Die rechtliche Absicherung eines allgemeinen Weiterveräußerungsrechtes für ordnungsgemäß erworbene digitale Güter unter der Voraussetzung, dass der Weiterveräußerer keine Kopien des digitalen Werks zurückbehält, ist deshalb geboten“, BR-Drs. 565/16, S. 5.

¹² Richtlinie (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, ABl. L 136 v. 22.05.2019, S. 1.

¹³ MüKo BGB/*Metzger*, 9. Aufl., 2022, § 327 BGB Rn. 10.

taler Inhalte mittels Downloads beenden und spricht davon, einen „Zweitmarkt für digitale Inhalte“¹⁴ ermöglichen zu wollen. Dabei ist es keineswegs geklärt, ob sich daraus die völlige Gleichstellung der Vertriebsformen ergibt. Die Weitergabebeschränkungen bei digitalen Gütern ergeben sich in erster Linie nicht aus schuldrechtlichen, sondern aus urheberrechtlichen Bestimmungen. Das Urheberrecht bleibt durch die DID-RL jedoch unverändert. Dieser schwer aufzulösende Widerspruch soll in der vorliegenden Arbeit behandelt werden.

Die veränderte Art und Weise, wie urheberrechtlich geschützte Inhalte konsumiert werden, hat auch an anderer Stelle den europäischen Gesetzgeber auf den Plan gerufen. Digitale Inhalte werden heute immer häufiger gestreamt und das Angebot konzentriert sich auf immer weniger Anbieter, die dementsprechend einen hohen Marktanteil auf sich vereinen. Die großen Streaminganbieter agieren dabei als Plattformen, die Rechtsinhaber urheberrechtlich geschützter Inhalte und Konsumenten zusammenbringen. Nach Ansicht der Kommission reichen die bekannten Instrumente des Kartellrechts nicht mehr aus, um die digitalen Plattformen angemessen kontrollieren zu können. Aus diesem Grund hat die Kommission im Jahr 2022 den Digital Markets Act (DMA)¹⁵ verabschiedet, der digitale Plattformen stärker kontrollieren soll. Die Arbeit wird daher auch untersuchen, welche Auswirkungen diese regulatorischen Neuregelungen auf Anbieter digitaler Inhalte haben.

B. Die Entwicklung der Vertriebsmodelle

Die Art und Weise der Werknutzung hat in den letzten Jahrzehnten einen grundlegenden Wandel durchlaufen, was insbesondere der Digitalisierung geschuldet ist, aber auch mit dem veränderten Nutzerverhalten zu tun hat.¹⁶ Während bis zum Ende des vergangenen Jahrhunderts ein Werk beinahe immer eine feste Verbindung mit einem Trägermedium hatte, ist dies zunehmend nicht mehr der

¹⁴ Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, BT-Drs. 19/27653, S. 61.

¹⁵ Verordnung (EU) 2022/1925 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. September 2022 über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor und zur Änderung der Richtlinien (EU) 2019/1937 und (EU) 2020/1828 (Gesetz über digitale Märkte), ABl. L 265 v. 12.10.2022, S. 1.

¹⁶ Grundlegend zu dieser Entwicklung *Rifkin*, 2000; im rechtlichen Kontext *Ohly*, 2014, S. F10; *Ohly*, ZUM 2015, 942, 949; *Gsell*, ZUM 2018, 75, 80; *Hess/Matt/Berger*, Streaming aus Anbietersicht: Viele Wege führen zum Ziel, 2014 (https://www.dmm.bwl.uni-muenchen.de/download/epub/mreport_2014_2.pdf), S. 12 f. (geprüft am 13.12.2024); *Druschell/Oehmichen*, CR 2015, 173, 174; *Dreier/Leistner*, GRUR 2013, 881, 891; *Geiregat*, 2022, S. 9 f.; s.a. *Al Salman/Claassen*, *Ars Aequi* 2018, 566, 556 ff.; *Dreier*, in: FS Bornkamm, 2014, S. 749, 750 f.; *Wielsch*, 2008; *Efroni*, 2011.

Fall.¹⁷ Doch die Werknutzung ist dort nicht stehen geblieben. Vielmehr hat sich die Art der Werknutzung von einem einmaligen Erwerb hin zu Abonnementmodellen entwickelt.¹⁸ Hier erhält der Nutzer weder ein physisches Werkexemplar noch eine faktische Rechtsposition, vielmehr erwirbt er nur noch Zugang zu den urheberrechtlich geschützten Inhalten.¹⁹ Grundsätzlich sind bei Verträgen zwischen Verwerter und Nutzer drei Vertriebsformen zu unterscheiden, die auch als „Phasen der Werknutzung“ bezeichnet werden.²⁰ Dabei ist zu beachten, dass sich die „Phasen“ zwar nacheinander entwickelt haben, jedoch heute und auch auf absehbare Zeit noch nebeneinander bestehen.²¹ Der Begriff der Phasen ist daher ungenau, weil suggeriert wird, eine Phase sei abgeschlossen, bevor eine neue Phase beginnt. Im Folgenden wird daher der Begriff Vertriebsmodelle genutzt, ohne dass damit eine inhaltliche Unterscheidung ausgedrückt werden soll.

I. Vertrieb physischer Werkexemplare

Das erste Vertriebsmodell erfasst auf der einen Seite den klassischen Vertrieb analoger Werkexemplare wie beispielsweise Bücher oder Vinylplatten, auf der anderen Seite aber auch den Vertrieb über digitale Datenträger. Darauf sind die Daten zwar digital gespeichert, das Medium wurde aber physisch verkauft, wie beispielsweise CDs oder DVDs oder später auch bereits bespielte USB-Sticks.²² Dem Nutzer wurde das Eigentum am Trägermedium überlassen, sodass er den urheberrechtlich geschützten Inhalt ohne technische Einschränkungen nutzen konnte. Die Nutzungsmöglichkeit ergibt sich insbesondere daraus, dass der reine Konsum urheberrechtlich geschützter Inhalte vom Urheberrecht nicht erfasst wird. Der Vertrieb und die Verkehrsfähigkeit der Werkexemplare werden durch das urheberrechtliche Verbreitungsrecht (§ 17 UrhG) kontrolliert. Unter dem ers-

¹⁷ *Specht*, in: Bräutigam/Rücker/Berger (Hrsg.), E-Commerce, 2017, S. 566, Rn. 1; *Hilty*, GRUR 2018, 865 ff.; *Hilty*, in: Calboli/Lee (Hrsg.), Research handbook on intellectual property exhaustion and parallel imports, 2016, S. 64, 65 f.

¹⁸ *Peifer*, AfP 2013, 89, 92; *Zech*, ZGE 5 (2013), 368; *Stieper*, ZUM 2012, 668, 670; *Hartmann*, GRUR Int. 2012, 980, 985; *Marly*, EuZW 2012, 654, 657; *Bisges*, MMR 2012, 574, 578; *Schneider/Spindler*, CR 2012, 489, 497.

¹⁹ Grundlegend *Rifkin*, 2000; *Perzanowski/Schultz*, 2016; *Ganzhorn*, 2016, S. 50.

²⁰ *Schrickner/Loewenheim/Ohly*, 6. Aufl., 2020, Vorb. zu §§ 31 ff. UrhG Rn. 118; *Hilty*, GRUR 2018, 865, 866 ff.; *Zech*, ZGE 5 (2013), 368, 370; ähnlich *Kerber*, in: Faust/Schäfer (Hrsg.), Zivilrechtliche und rechtsökonomische Probleme des Internet und der künstlichen Intelligenz, 2019, S. 209, 219; es werden jedoch auch alternative Abgrenzungen vorgeschlagen, vgl. *Ganzhorn*, 2016, S. 46 ff. der zwischen fünf Vertriebsmodellen unterscheidet; *Müller*, ZUM 2011, 13, 14 f. unterscheidet zwischen interaktiven und nicht-interaktiven Nutzungen; *Bäcker/Höfjinger*, ZUM 2013, 623 ff. unterscheiden zwischen Abonnement-Modellen und Download-Modellen; vgl. auch *Kromer*, AfP 2013, 29 ff.; *Kuschel*, 2019, S. 7; *Ganzhorn*, InTer 2014, 143, 143 ff.; *Geiregat*, 2022, S. 9 ff.

²¹ *Hilty*, GRUR 2018, 865, 866.

²² *Grabosch*, 2019, S. 77 f.

ten Vertriebsmodell werden danach alle Geschäftsmodelle gefasst, bei denen ein urheberrechtlich geschütztes Werk mit fester Verbindung zu einem physischen Trägermedium im Rahmen eines einmaligen Leistungsaustauschs vertrieben wird.

II. Vertrieb mittels Downloads

Mit fortschreitender Entwicklung des Internets rund um die Jahrtausendwende ist es möglich geworden, auch größere Datenmengen stabil herunterzuladen, was den Boden für den Beginn des zweiten Vertriebsmodells geebnet hat. Bei diesem Vertriebsmodell veranlasst der Nutzer selbst den Download der urheberrechtlich geschützten Inhalte aus dem Internet und speichert die Datei anschließend dauerhaft auf seinem lokalen Datenträger. Allerdings geht dieser Download anders als beim ersten Vertriebsmodell nicht mit einer Eigentumsübertragung einher, da kein körperliches Trägermedium übergeben wird. An den heruntergeladenen Daten besteht daher nach wohl überwiegender und überzeugender Ansicht kein Eigentum.²³ Die Daten befinden sich im Besitz des Nutzers, sodass er uneingeschränkt über diese verfügen kann. Für die Abgrenzung der Vertriebsmodelle kommt es grundsätzlich nicht darauf an, ob eine Werknutzung analog oder digital abläuft, denn auch beim Vertrieb physischer Werkexemplare sind digitale Nutzungen gängig (beispielsweise der Vertrieb einer CD), während auch beim Downloadvertrieb analoge Übertragungswege möglich, wenn auch heute nicht mehr verbreitet sind.²⁴

Der Vertrieb mittels Downloads zeichnet sich dadurch aus, dass dem Nutzer die dauerhafte Nutzungsmöglichkeit durch einen punktuellen Übertragungsakt verschafft wird.²⁵ Auch hier handelt es sich ebenso wie beim Vertrieb physischer Werkexemplare um ein einmaliges Austauschverhältnis, nur dass der Nutzer das Werkexemplar nicht direkt vom Verkäufer erhalten, sondern es selbst aus dem Internet heruntergeladen hat.²⁶ Der Leistungsgegenstand zeichnet sich – neben der fehlenden Körperlichkeit – durch weitere Besonderheiten aus: Die durch Download erworbenen Inhalte haben keinen festen Belegenheitsort, sie sind potenziell ubiquitär.²⁷ Zwar sind die Daten zu einem bestimmten Zeitpunkt auf einem körperlichen Datenträger gespeichert, durch die Möglichkeit der Übertragung ist diese Verbindung jedoch nicht zwangsläufig auf Dauer angelegt. Zudem sind die Daten beinahe verlustfrei und ohne nennenswerten Aufwand kopierbar, wodurch das Risiko eines Vertriebs von (Raub-)Kopien steigt.²⁸ Auch

²³ Näher dazu unter Teil 2.D.

²⁴ Zur Abgrenzung analog und digital siehe *Dreier*, in: Becker (Hrsg.), *Urheberrecht und digitale Technologie*, 1994, S. 123, 127.

²⁵ *Gansmeier/Kochendörfer*, *ZfPW* 2022, 1, 21 unten.

²⁶ *Redeker*, *CR* 2014, 73, 74.

²⁷ *Boehme-Nefler*, 2008, S. 102.

²⁸ *LG Bielefeld*, Urt. v. 05.03.2013, 4 O 191/11 = *ZUM* 2013, 688, 691; *Baumgartner*, 2006,

die Nutzung der Daten ist mit keinen Abnutzungserscheinungen verbunden.²⁹ Die letzte Besonderheit besteht darin, dass die Datei nicht-rivalisierend genutzt werden kann. Dies bedeutet, dass mehrere Nutzer die Datei gleichzeitig oder nacheinander herunterladen können, ohne dass sich die Downloadvorgänge gegenseitig beeinflussen. Eine Güterknappheit ist also ausgeschlossen.³⁰ Aus diesen Besonderheiten ergibt sich die Fragestellung, ob die für den Vertrieb physischer Werkexemplare entwickelten Grundsätze auch beim Downloadvertrieb Anwendung finden sollten.

Unter das zweite Vertriebsmodell fallen damit alle Erwerbsvorgänge, die technisch in Form eines Downloads erfolgen und bei welchem dem Nutzer die erworbenen Inhalte durch einen einmaligen Übertragungsakt verschafft wurden und ihm die Inhalte ohne fortgesetzten Kontakt zum Anbieter für einen zeitlich und quantitativ unbegrenzten Konsum zur Verfügung stehen.³¹

III. Vertrieb mittels Streaming

Noch schwächer ist die Verbindung zwischen Nutzer und Werk beim dritten Vertriebsmodell ausgeprägt. Dieses Vertriebsmodell zeichnet sich dadurch aus, dass der Nutzer nicht mehr selbst die Verfügungsgewalt über die Daten hat. Diese bleiben vielmehr dauerhaft auf dem Server des Anbieters gespeichert. Damit entfällt auch (regelmäßig) die dauerhafte Speicherung auf einem eigenen Endgerät, anstatt dessen wird dem Nutzer lediglich eine Zugangsmöglichkeit eröffnet.³² In dieser Konstellation spricht man von Streaming oder Cloud-Computing.³³ Beim Streaming findet keine dauerhafte Speicherung des gesamten Werks auf dem Endgerät des Nutzers statt, vielmehr wird das Werk während des Werkkonsums Stück für Stück heruntergeladen und mit geringer Verzögerung auf dem Endgerät des Nutzers angezeigt. Dabei ersetzt das Streaming nicht die Speiche-

S. 6; *Brinkmann*, ZUM 2013, 193, 197; *Zech*, ZUM 2014, 3, 4; *Schmidt-Kessel*, K&R 2014, 475; *Marly/Wirz*, EuZW 2017, 16; *Stieper*, in: FS Köhler, 2014, S. 729, 742; *Hoppen*, CR 2015, 802, 803.

²⁹ *Zech*, ZGE 5 (2013), 368, 393; zur fehlenden Abnutzbarkeit von Information *Zech*, 2012, S. 118.

³⁰ *Hauck*, NJW 2014, 3616; *Zech*, CR 2015, 137, 139.

³¹ So auch das Ergebnis der „Arbeitsgruppe Digitaler Neustart“, vgl. *Justizministerium NRW*, Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“ der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister der Länder, 2017 (https://www.justiz.nrw.de/JM/schwerpunkte/digitaler_neustart/tzt_bericht_arbeitsgruppe/bericht_ag_dig_neustart.pdf), S. 226 (geprüft am 13.12.2024).

³² *Becker*, ZGE 8 (2016), 239, 264; *Hauck*, NJW 2014, 3616, 3619; *Hansen*, GRUR 2014, 862, 863; *Perkins*, Northern Illinois University Law Review Online 6 (2014), 1, 15; *Riehl/Kassim*, William Mitchell Law Review 40 (2014), 783, 809; *Kloos/Wagner*, CR 2002, 865, 866; *Grabosch*, 2019, S. 79; *Wielsch*, in: Grünberger/Jansen (Hrsg.), *Privatrechtstheorie heute*, 2017, S. 268, 277 f.

³³ *Gerlach*, 2012, S. 17; *Dörr*, 2012, S. 16.

rung, vielmehr wird auch beim Streaming das Werk in kleinen Teilen jedenfalls kurzfristig auf dem Endgerät des Nutzers gespeichert.³⁴

Beim Vertrieb mittels Streaming erwirbt der Nutzer weder Eigentum noch Besitz an den Daten. Er ist lediglich berechtigt, auf die Daten zuzugreifen, ohne eine dingliche Rechtsposition zu erlangen. Während bei den beiden erstgenannten Vertriebsmodellen aus vertragsrechtlicher Perspektive ein einmaliges Austauschverhältnis vorliegt, handelt es sich in beim Streaming um ein Dauerschuldverhältnis. Der Zugang zu den Daten muss vom Anbieter während der Vertragslaufzeit laufend bereitgestellt werden. Der Zugangsanspruch endet, wenn das Vertragsverhältnis endet.³⁵ Aus Nutzersicht ergeben sich damit wesentliche Vorteile: Abgesehen von den technisch notwendigen Zwischenspeicherungen nimmt das Streaming keine Speicherkapazität auf dem Endgerät in Anspruch. Darüber hinaus sind keine Wartezeiten erforderlich und der Zugriff ist – eine stabile Internetverbindung vorausgesetzt – von überall und zu jeder Zeit möglich. Schließlich ist im Regelfall die Auswahl an Inhalten wesentlich größer als beim Erwerb einzelner ausgewählter Inhalte. Die Geschäftsmodelle, die unter das Streaming fallen, sind vielfältig. Während sich der Vertrieb mittels eines einmaligen Leistungsaustauschs häufig auf einen bestimmten Inhalt bezieht, werden beim Streaming zunehmend Inhalte in Form eines Pauschalangebots vertrieben.³⁶ Dabei erhält der Nutzer Zugriff auf eine bestimmte Auswahl an Inhalten, die einseitig vom Anbieter bestimmt werden.

An dieser Stelle sei erwähnt, dass sich die Vertriebsmodelle oft nicht trennscharf unterscheiden lassen. So ist es bei vielen Streaminganbietern möglich, Werke auf dem persönlichen Endgerät zu speichern.³⁷ Der Unterschied zum Downloadvertrieb besteht darin, dass der Nutzer die Daten nicht dauerhaft erwirbt. Vielmehr werden die heruntergeladenen Inhalte mit einem Timecode versehen und automatisch gelöscht, sobald die vertragliche Beziehung zum Streaminganbieter endet.³⁸ Dem Nutzer soll lediglich die Möglichkeit gegeben werden, den Datenverbrauch aus dem mobilen Netz so gering wie möglich zu halten, um mögliche Verbrauchskosten zu minimieren und eine reibungslose Wiedergabe zu

³⁴ *Klickermann*, MMR 2007, 7, 11; *Schack*, GRUR 2007, 639, 641; *Fangerow/Schulz*, GRUR 2010, 677, 678 ff.; *Radmann*, ZUM 2010, 387, 389 ff.; *Vianello*, CR 2010, 728 ff.; *Busch*, GRUR 2011, 496, 498 ff.; *Stieper*, MMR 2012, 12, 13 ff.; *Stolz*, MMR 2013, 353, 355; *Wandtkel/Gerlach*, GRUR 2013, 676, 677 f.

³⁵ *Grabosch*, 2019, S. 80 f.

³⁶ *Kromer*, AfP 2013, 29; *Bareiss/Menz*, in: FS Schwarz, 2017, S. 121, 126; *Schwarz*, ZUM 2014, 758, 759.

³⁷ *Hess/Mattl/Berger*, Streaming aus Anbietersicht: Viele Wege führen zum Ziel, 2014 (http://www.dmm.bwl.uni-muenchen.de/download/epub/mreport_2014_2.pdf), S. 7 ff. (geprüft am 13.12.2024); *Pech*, 2018, S. 24; *Grabosch*, 2019, S. 83 f.

³⁸ Vgl. z.B. die AGB von Netflix unter Punkt 4.5 (<https://help.netflix.com/en/legal/termsofuse>) (geprüft am 13.12.2024).

ermöglichen. Diese Art der Speicherung wird daher auch unter das Streaming gefasst.³⁹

Auf der anderen Seite gibt es Geschäftsmodelle wie etwa den „Kauf“ digitaler Inhalte über die Plattform Amazon, bei denen kein Download erfolgt, sondern der Inhalt dauerhaft zum Abruf bereitsteht. Diese Art des Vertriebs wird wiederum vom Downloadvertrieb erfasst, auch wenn technisch nicht zwingend ein Download erfolgen muss. Die Vertriebsmodelle sind daher nicht primär technisch zu unterscheiden,⁴⁰ etwa nach dem Speicherort der Inhalte, sondern auch nach dem Zeitpunkt bzw. Zeitraum des Leistungsaustauschs. Maßgeblicher Unterschied ist demnach, dass es sich beim Zugriff auf Inhalte mittels Streaming um eine beendigungsfähige⁴¹ Vertragsbeziehung handelt. Eine Differenzierung zwischen Geschäftsmodellen, die eine zeitlich begrenzte Downloadmöglichkeit vorsehen und Geschäftsmodellen, die zeitlich begrenzt Zugang zu Inhalten verschaffen, ist daher weder sinnvoll, noch bildet es die Realität der gängigen vertraglichen Gestaltungen ab.⁴²

C. Forschungsfrage

Die Entwicklung der Art und Weise, wie urheberrechtlich geschützte Inhalte konsumiert werden, hat Wissenschaft und Praxis in den letzten Jahren vor enorme Herausforderungen gestellt. Die Rechtswissenschaft steht dabei vor einem Dilemma: zum einen sollen bewährte Grundsätze nicht vorschnell aufgegeben werden. Zum anderen muss fortlaufend überprüft werden, ob die bekannten Rechtsinstrumente geeignet sind, auch vor dem Hintergrund der neuen technischen Entwicklungen einen angemessenen Interessenausgleich herzustellen.

I. Forschungsbedarf

Die Frage der Veräußerbarkeit digitaler Güter einschließlich der Anwendbarkeit des Erschöpfungsgrundsatzes beim Online-Vertrieb digitaler Güter war bereits

³⁹ So auch *Hilty*, GRUR 2018, 865, 866.

⁴⁰ Dafür plädiert auch *Federrath*, ZGE 6 (2014), 271, 272; allgemein zur Technikneutralität des Urheberrechts *Specht*, GRUR 2019, 253, 255.

⁴¹ Daran ändert sich nichts, wenn das Recht zur ordentlichen Kündigung vertraglich abgedungen wird; das Recht zur außerordentlichen Kündigung ist im Rahmen von Dauerschuldverhältnissen regelmäßig nicht abdingbar, vgl. MüKo BGB/*Bieber*, 9. Aufl., 2022, § 543 BGB Rn. 76.

⁴² So aber *Grabosch*, 2019, S. 110, 121.

mehrfach Gegenstand wissenschaftlicher Abhandlungen.⁴³ Dabei stand regelmäßig die Frage der Anwendbarkeit des Erschöpfungsgrundsatzes im Online-Bereich im Vordergrund. Mehrfach wurde versucht, den auf den analogen Vertrieb zugeschnittenen Erschöpfungsgrundsatz auf Online-Sachverhalte anzuwenden, für die er nicht konzipiert wurde und ihn so – bildlich gesprochen – in ein Gewand zu zwängen, das ihm ersichtlich zu klein ist. Dagegen ist bislang nicht ausreichend behandelt worden, welche alternativen Mechanismen bereitstehen, um einen angemessenen Interessenausgleich beim Vertrieb digitaler Inhalte zu ermöglichen. Dies betrifft nicht nur das Urheberrecht, sondern auch das Vertrags- und Kartellrecht.⁴⁴ In dieser Arbeit wird ein besonderer Fokus auf die gesetzgeberischen Entwicklungen der vergangenen Jahre gesetzt. Zum einen betrifft das die DID-RL, die 2019 verabschiedet und zum 01.01.2022 in deutsches Recht umgesetzt wurde. Zum anderen betrifft dies die kartellrechtliche Plattformregulierung. Beide Instrumente haben einen entscheidenden Vorteil: sie sind unabhängig davon anwendbar, welches Vertriebsmodell gewählt wurde.

Rechtsinhaber neigen dazu, ihre Rechte des geistigen Eigentums durch vertragliche Gestaltung auszudehnen oder – spiegelbildlich gesprochen – die Handlungsmöglichkeiten der Nutzer einzuschränken.⁴⁵ In der bisherigen Literatur ist gelegentlich die Frage aufgeworfen worden, ob die Weiterübertragbarkeit digitaler Inhalte vertraglich ausgeschlossen werden kann. Diese Frage deckt dabei nur einen Teil der relevanten Fragestellung ab. Denn selbst wenn ein vertraglicher Ausschluss unwirksam wäre, so sagt dies noch nichts darüber aus, ob die Weiterübertragbarkeit auch tatsächlich ermöglicht werden muss. Dem Nutzer ist nicht geholfen, wenn die Weiterübertragbarkeit der Inhalte zwar rechtlich möglich ist, aber praktisch verhindert werden kann, etwa weil die erforderliche technische Infrastruktur nicht bereitgestellt wird. Der hier gewählte Ansatz ist daher ein grundlegend anderer: Um einen Sekundärmarkt für digitale Inhalte zu ermöglichen – sollte dies aus rechtlichen und ökonomischen Gründen wünschenswert sein – müsste der Nutzer mit einem *Anspruch* auf Weiterübertragung des digitalen Inhalts ausgestattet werden. Nur so kann durchgesetzt werden, dass Inhalte auch tatsächlich weiterübertragen werden können. Die folgende Arbeit soll daher die Frage beantworten, ob sich aus dem Urheberrecht, dem Schuld-

⁴³ Siehe dazu die Monographien von *Koehler*, 2000; *Koppe*, 2004; *Kulpe*, 2012; *Metelski*, 2015; *Ganzhorn*, 2016; *Konieczek*, 2017; *Maaß*, 2019; *Kuschel*, 2019; *Sesing*, 2021; *Geiregat*, 2022; aus rechtsvergleichender Sicht *Wu*, 2022; für das schweizer Recht *Böttcher*, 2013; für den Bereich der Software *Herzog*, 2009; *Seitz*, 2010; *Bruch*, 2010; *Ammann*, 2011; *Hantschel*, 2011; *Becher*, 2015; *Stein*, 2016.

⁴⁴ *Metzger*, in: Hilty/Jaeger/Kitz (Hrsg.), *Geistiges Eigentum*, 2008, S. 85, 98; *Ohly*, in: *Copyright, Competition and Innovation* (im Erscheinen), 2023, S. 19.

⁴⁵ Zu diesem Phänomen *Metzger*, in: Hilty/Jaeger/Kitz (Hrsg.), *Geistiges Eigentum*, 2008, S. 85 ff.; *Sims*, *New Zealand Universities Law Review* 22 (2007), 469, 473 ff.; *Nimmer*, 1999, S. 17; *Dreier*, in: *FS Bornkamm*, 2014, S. 749, 757 ff.; für die USA *Guy A. Rub*, *Virginia Law Review* 103 (2017), 1141 ff.

recht oder dem Kartellrecht ein Anspruch auf Weitergabe der digitalen Inhalte ableiten lässt.

II. Eingrenzung der Forschungsfrage

Digitalen Inhalten kann in einer Vielzahl von Erscheinungsformen begegnet werden. Dies bezieht sich nicht nur auf die technischen Hintergründe der oben dargestellten Vertriebsmodelle, sondern auch auf verschiedene Werkarten.⁴⁶ Neben Musik und Videoinhalten werden somit auch Texte (E-Books bzw. E-Paper) und Computerprogramme sowie Computerspiele erfasst, die sich üblicherweise aus mehreren Werkkategorien zusammensetzen.⁴⁷ Die vorliegende Arbeit soll sich dabei auf traditionelle Werkarten konzentrieren, die in den Anwendungsbereich der InfoSoc-RL fallen. Die Besonderheiten von Software als Schutzgegenstand sind für die vorliegende Arbeit nur insoweit relevant, wie es für die Darstellung der Entwicklung der Rechtsprechung und der Literatur erforderlich ist. Auch Computerspiele sind für diese Arbeit nur dann relevant, wenn sie in den Anwendungsbereich der InfoSoc-RL fallen.⁴⁸

Im Rahmen des Vertriebs digitaler Inhalte soll der Vertrieb an Verbraucher im Vordergrund stehen. Das liegt zum einen daran, dass der Genuss von urheberrechtlich geschützten Werken wohl überwiegend im rein privaten Umfeld stattfindet und es sich überwiegend um standardisierte Verträge handelt, die mit dem Instrument der Allgemeinen Geschäftsbedingungen arbeiten. Zum anderen haben neue gesetzgeberische Entwicklungen gerade im Bereich der Verbraucherverträge zu neuen Impulsen geführt, denen sich diese Arbeit widmen möchte. Schließlich soll nicht auf den rechtlichen Schutz durch verwandte Schutzrechte eingegangen werden.⁴⁹

D. Gang der Darstellung

Der Aufbau der vorliegenden Arbeit orientiert sich an den oben beschriebenen Vertriebsmodellen. Nach der Einführung beschäftigt sich Teil 1 mit der Kontrolle der Werknutzung beim Vertrieb physischer Werkexemplare, insbesondere durch das Verbreitungsrecht und die Erschöpfung des Verbreitungsrechts (Teil 1.A.). Nach einer kurzen Behandlung des Vervielfältigungsrechts (Teil 1.B.) wird der Frage nachgegangen, inwieweit dem Erschöpfungsgrundsatz ein allgemeiner

⁴⁶ Ausführlich bei *Grabosch*, 2019, S. 77 ff.; *Ganzhorn*, 2016, S. 11 ff.

⁴⁷ *Grabosch*, 2019, S. 77 ff.; *Ganzhorn*, 2016, S. 11 ff.

⁴⁸ Zur Abgrenzung siehe EuGH, Urt. v. 23.01.2014, Rs. C-355/12 = GRUR 2014, 255, Rn. 23 – *Nintendo*.

⁴⁹ Siehe dazu ausführlich *Geiregat*, 2022, S. 46 ff., 110 ff., 131 f.

Sachverzeichnis

- Abschottung 49, 92, 276
Abtretung 188 ff., 209 ff., 237 ff., 250, 258 ff.
– Abtretungsverbot 190 ff., 258 f., 261
Accountsharing 218
Allgemeine Geschäftsbedingungen 83, 171 ff., 181 ff., 300
Allokationseffizienz 46 ff.
Allposters/Pictoright-Entscheidung 33 f., 45 f., 77
- Beendigung 8, 188, 195, 266 f.
Belohnungstheorie 24 f.
Benachteiligung 171, 173 ff., 184 ff., 192 ff., 258 f.
Bereitstellung 122, 136 ff., 143 f.
Beschaffensvereinbarung 154, 159, 165, 171, 194
Besitz 5, 7, 35 ff., 246 ff.
Bestimmungsgemäße Nutzung 20, 54, 91, 98, 111, 131, 135, 213, 230, 234 f., 244, 262
Beteiligungsgrundsatz 26, 64
Buchpreisbindung 16, 78
- Coditel*-Entscheidung 56 f., 66, 75, 139, 303
Computerprogramme 29 f., 43, 54, 70 f., 83 ff., 121, 135, 181 ff., 223, 234 f., 281
- Datei 5 f., 21, 34, 101 ff., 109, 121 ff., 127 ff., 137 f., 220
Datenportabilität 323
Dauerschuldverhältnis 7, 217 ff.
DID-RL *Siehe* Digitale Inhalte Richtlinie
Diensteanbieter 228 f., 232 ff., 250, 257, 260 f. 271 f.
Dienstvertrag 248 f., 251 f., 257 ff.
- Digital Markets Act 305 ff.
Digital Rights Management 82 ff., 132 f., 190, 282
Digitale Erschöpfung 74 ff.
Digitale Inhalte 1 ff., 81 f., 142 f., 321
Digitale-Inhalte-Richtlinie 141 ff., 147 ff., 155 f., 194 f.
DMA *Siehe* Digital Markets Act
Download 5 f., 94, 111 ff., 122 f., 243
– Progressiver Download 221
Drei-Stufen-Test 118 f.
- E-Books 78, 101 ff., 166
Effet utile 61
Eigentum 35 ff., 70 f., 92, 94, 149 f., 182 ff., 212 f., 273 ff.
Eigentumstheorie 22 ff.
Einwilligung 203 f.
End User License Agreement 145 f., 196
Erschöpfungsgrundsatz 13 ff., 38 ff., 46 ff., 55 ff., 69 ff., 108 ff.
Erstverkauf 27, 86, 92 f.
Essential facility 297 ff.
- First sale doctrine* 19 ff.
Freiheit des Werkgenusses 118 ff.
Freistellung 280 ff.
Funktionalität 152 ff.
- Gatekeeper *Siehe* Torwächter
Genussrecht 213
Gewährleistung 141, 146, 194 ff., 251 f.
Green-IT-Entscheidung 99 f.
- Hauptleistungspflicht 172 f., 181, 255, 264
- Implied license* 18 ff., 199, 253
Individualität 222 ff., 286

- InfoSoc-RL 29 ff., 36 ff., 65 f., 72 ff.,
101 ff., 130, 147 ff.
Inverkehrbringen 27, 30, 35, 42 ff.
- Josef Kohler* 14, 19
- Kartellverbot 59, 275 ff.
Kaufvertrag 136 ff., 180 ff., 245 f.
– Sachkauf 166 f., 180 ff., 188 f.
– Rechtskauf 250, 260
Klauselverbot 213
Konsumtionstheorie 18
Kontrollfähigkeit 172 f., 254 ff.
Kopie *Siehe* Vervielfältigung
- Leitbild 171, 174 ff., 179 ff., 188 ff.,
256 ff.
Lizenz *Siehe* Nutzungsrecht
Lizenzvertrag 140, 145 ff.
LUG 14 ff., 29
- Mangel 147, 152 ff., 156 f., 253
Marktabgrenzung 284 ff.
Marktbeherrschung 289, 293 ff.
Marktmachtmissbrauch 275 f.
Massengeschäft 178, 264 f.
Meistbegünstigung 319 ff.
Mietvertrag 246 ff., 256 f.
Murphy-Entscheidung 57 ff., 115 ff.,
224 ff.
- Neues Publikum 65 ff., 125 ff., 242 f.
Nutzungsrecht 18 ff., 41 ff., 84 f., 140,
144 ff., 175 ff., 200 ff., 263 f., 281 f.,
291 ff.
- OEM 43 ff.
Öffentliche Wiedergabe 74 ff., 92, 106,
124 f.
Öffentliche Zugänglichmachung 123 ff.,
207, 237 ff.
Öffentlichkeit 34 f., 106, 123 ff., 237 ff.
- Plattformmärkte 270 ff., 305
Privatautonomie 132 f., 172, 255, 320
Privatkopie 127 ff., 232 f.
Programmkopie 89 ff.
Punkt-zu-Punkt-Übertragung 72, 124 f.,
127
- Rechtmäßige Nutzung 116 ff.
Rechtmäßiger Erwerber 91 ff.
Rechtsinhaber 64 ff., 106 f., 144 ff.,
175 ff.
Relevanter Markt *Siehe* Marktabgrenzung
- Schranken 38 ff., 111 ff., 127 ff., 207 ff.,
232 ff.
Sekundärmarkt 47 f., 79 ff., 104, 218
Software *Siehe* Computerprogramme
Speicherung 6 ff., 219 f., 226 ff.
Spezifischer Gegenstand 60 ff., 125 ff.
Streaming 6 ff., 218 ff., 263 ff.
Stufenleiter der Gestaltungen 201
- Täterschaft 228
Technische Schutzmaßnahmen *Siehe*
Digital Rights Management
Territorialitätsprinzip 44 f.
Tom Kabinet-Entscheidung 101 ff.
Torwächter 310 f., 318 ff.
Trägermedium 2 ff., 33 f.
- Übertragbarkeit 153 ff., 173 ff., 195 f.,
252 ff., 264 f.
– von Ansprüchen 152 ff., 253 ff.
– von Eigentum 182 ff.
– von Nutzungsrechten 175 ff., 204 ff.,
262 ff.
Übertragungszweckgedanke 51, 179 f.,
204, 206, 262
Unmöglichkeit 150 f., 194 f., 205
Unternehmensbegriff 277 f., 289
Urheber *Siehe* Rechtsinhaber
UsedSoft-Entscheidung 63, 83 ff., 105 ff.,
266
- Veräußerungsverbot 17, 165 f., 181 f.,
192 f., 212 f.
Verbrauchererwartung 147 ff., 157 ff.,
252 ff.
Verbreitung 13 ff., 71 ff.
– Verbreitungsrecht 13 ff., 38 ff., 51 ff.
– Weiterverbreitung 26, 64
Vergütung 62 ff., 107 f., 176 f., 198
Verkauf *Siehe* Kaufvertrag
Verkehrssicherungstheorie 23 f.
Vermietrecht 30, 40 f.

- Vertragstypologische Einordnung 136 ff.,
245 ff.
- Vertriebsmodell 3 ff., 105, 267 f., 302 f.
- Vervielfältigung 72 ff., 80 ff., 92 ff.,
111 ff., 122, 126 ff., 226 ff.
- Verwertung 29 ff., 51 ff., 64 ff., 72 ff.,
95 f., 237 ff.
- Video-Sharing-Plattform-Dienste 312 ff.
- Warenkauf-RL 58, 141, 143
- WCT 26, 29 f., 95, 104 f., 118 f.
- Werk
- Werkbegriff 61, 222 ff.
 - Werkexemplar 33 f., 37, 74 f., 86, 217
 - Werkkonsum 69 ff., 119, 235
- Wettbewerbsbeschränkung 279 ff.
- Wiedergabe *Siehe* öffentliche Wiedergabe
- Zugangslizenzen 263 f.
- Zweiterwerb 47, 96 ff., 127 ff., 209 ff.