

auf die mündliche Verhandlung vom 15.5.2014

für Recht erkannt:

Die Berufung des Klägers gegen das am 05.03.2013 verkündete Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Bielefeld wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Das angefochtene Urteil ist ohne Sicherheitsleitung vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Der Kläger ist ein rechtsfähiger Verein mit Sitz in Berlin, dessen satzungsgemäßer Zweck es ist, "Verbraucherinteressen wahrzunehmen, den Verbraucherschutz zu fördern, die Stellung des Verbrauchers in der sozialen Marktwirtschaft zu stärken und zur Verwirklichung einer nachhaltigen Entwicklung beizutragen." Im Rahmen dieser Aufgabe macht er u.a. Ansprüche auf Unterlassung nach §§ 1, 2 UKlaG geltend. Er ist seit dem 16.07.2002 unter der Reg.-Nr. II B 5 VZBV e.V. in die jetzt beim Bundesjustizamt geführte Liste nach § 4 UKlaG qualifizierter Einrichtungen eingetragen, die gem. § 3 UKlaG diese Unterlassungsansprüche geltend machen können.

Die Beklagte ist ein Online-Versandhandel, der über das Internetportal buch.de Literaturwerke in herkömmlicher gedruckter Form, als Ebooks in aufbereiteter digitalisierter Textform oder als sog. Hörbücher in vorgelesener gesprochener oder in als Hörspiel aufbereiteter Form anbietet. Die digitalen Produkte – Ebooks und Hörbücher – wiederum werden sowohl in verkörperter Form auf physischen Datenträgern angeboten als auch in der Weise, dass dem jeweiligen Kunden die Möglichkeit geboten wird, sich die Datei(en) über das Internet herunterzuladen und auf einem eigenen physischen Datenträger nach eigener Wahl lokal zu speichern.

Streitgegenständlich sind hier nur die vorgenannten Hörbücher, bei denen dem je-

weiligen Konsumenten der Inhalt des Werks akustisch vermittelt wird, und auch nur deren Vertriebsform als sog. „Download“, als dem Herunterladen einer Kopie der gesamten Originaldatei(en), dies also in Abgrenzung zum sog. „Streaming“.

In den bei Einleitung des vorliegenden Rechtsstreits verwendeten, hier streitgegenständlichen AGB der Beklagten Stand August 2009 heißt es dazu u.a. wie folgt:

„§ 10 E-Books, Hörbuch-Downloads, Zeitschriftenshop

...

(3) Im Rahmen dieses Angebotes erwirbt der Kunde das einfache, nicht übertragbare Recht, die angebotenen Titel zum ausschließlich persönlichen Gebrauch gemäß Urheberrechtsgesetz in der jeweils angebotenen Art und Weise zu nutzen. Es ist nicht gestattet, die Downloads in irgendeiner Weise inhaltlich und redaktionell zu ändern oder geänderte Versionen zu benutzen, sie für Dritte zu kopieren, öffentlich zugänglich zu machen bzw. weiterzuleiten, im Internet oder in andere Netzwerke entgeltlich oder unentgeltlich einzustellen, sie nachzuahmen, weiterzuverkaufen oder für kommerzielle Zwecke zu nutzen.“

Die Parteien streiten im vorliegenden UKlaG-Verfahren um die Berechtigung der Beklagten, diese AGB zu verwenden. Die Klägerin erachtet die Regelung bereits als unpräzise, soweit danach ein nicht näher bestimmtes „einfaches, nicht übertragbares Recht“ erworben werde. Sie beanstandet namentlich die Untersagung des Weiterverkaufs und das für diesen Vorgang als unerlässlich erachtete Kopieren für Dritte. Sie geht davon aus, durch den Erstvertrieb der Werke, gleich in welcher Form, also unabhängig davon, ob das Werk in einem Gegenstand verkörpert wird (gedrucktes Buch, Datenträger) oder ein Herunterladen ermöglicht wird, eine Erschöpfung des Verbreitungsrechts eintritt mit der Folge, dass der Ersterwerber berechtigt ist, seine Kopie des Werks und das Recht zu dessen Nutzung an Interessenten weiter zu veräußern. Die AGB verstießen, indem sie genau das dem Ersterwerber untersagten, gegen elementare Regelungen des Urheberrechts, konkret gegen § 17 Abs. 2 UrhG, und gefährdeten damit den Vertragszweck. Ein qualitativer Unterschied, der eine andere rechtliche Bewertung begründe, bestehe zwischen Compu-

tersoftware und dieser Art von dem UrhG unterliegenden Werken nicht. Für Computersoftware sei durch das Urteil des EuGH vom 03.07.2012 (C-128/11; ZUM 2012, 661) jetzt geklärt, dass auch bei Verkauf von Softwarelizenzen mit nicht verkörperter Zurverfügungstellung der erforderlichen Dateien im Wege der Ermöglichung des Herunterladens aus dem Internet eine Erschöpfung des Verbreitungsrechts eintrete. Die Unterscheidung zwischen einem Erstverkauf in verkörperter Form und einem solchen in unverkörperter Form sei deshalb nicht (länger) haltbar.

Die Beklagte sieht sich nicht einmal als berechtigt an, eine solche Weiterveräußerung offen zu lassen, geschweige denn, sie ausdrücklich zu ermöglichen. Nur aus Gründen der Verkehrssicherheit werde traditionell eine Erschöpfung des Vertriebsrechts nur bei Eigentumsverschaffung eines verkörperten Vervielfältigungsstücks angenommen. Sie selbst sei bereits dinglich gehindert, eine Weiterveräußerung von nicht in Sachen verkörperten Lizenzen zu ermöglichen. Dieses Recht stehe ihr nicht zu. Eine Ausweitung des Erschöpfungsgrundsatzes sei weder geboten noch zulässig. Die EuGH-Entscheidung beziehe sich auf die Software-Richtlinie 2009/24/EG, die in §§ 69a ff UrhG in deutsches Recht umgesetzt worden sei. Soweit die hier streitgegenständlichen AGB für Bücher bestimmt seien, gelte die sog. Informationsgesellschafts-Richtlinie 2001/29/EG, die in § 19a UrhG in deutsches Recht umgesetzt worden sei, die zwischen der Weitergabe in verkörperter und in nicht verkörperter Form unterscheidet und die daran unterschiedliche Rechtsfolgen knüpft.

Das Landgericht, dessen Urteil (z.B. in GRUR-RR 2013, 281-286; ZUM 2013, 688-694; ZUM 2013, 688-694; bei juris) veröffentlicht worden ist und auf welches wegen des vollständigen Sachverhalts, der erstinstanzlichen Anträge und wegen der Einzelheiten der Entscheidungsgründe verwiesen wird, hat die Klage abgewiesen und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt, die beanstandeten Teile der AGB der Beklagten seien aus rechtlichen Erwägungen nicht zu erinnern. Es liege keine unangemessene Benachteiligung nach § 307 Abs. 1, Abs. 2 BGB vor, weder nach dessen Ziffer 2 noch nach dessen Ziffer 1 i.V.m §§ 17 Abs. II, 53 Abs. 1, 44a UrhG. Vertragszweck sei, den Erwerber zu einer persönlichen Nutzung in die Lage zu versetzen, nicht, ihm eine eigentümerähnliche Stellung zu verschaffen. Es liege auch keine Abweichung von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung

vor. Die ABG gäben, soweit sie den Weiterverkauf im Wege des Herunterladens erworbener Dateien untersagten, die Rechtslage zutreffend wieder. Insbesondere beeinträchtigt die Untersagung des Weiterverkaufs keine schützenswerten Rechte des jeweiligen Erwerbers. Eine Erschöpfung des Verbreitungsrechts des jeweiligen Vervielfältigungsstücks trete bei im Wege des Herunterladens aus dem Internet erworbenen Dateien, anders als bei Erwerb in verkörperter Form als Buch oder Datenträger, nicht ein.

Die Frage, ob bei einem Download eine Erschöpfung des Verbreitungsrechts in Bezug auf ein konkret hergestelltes Werkexemplar eintritt, sei allerdings umstritten. Die Erschöpfung setze nach traditioneller Auffassung ein körperliches Werkstück voraus, da der Grundsatz nur die Verkehrsfähigkeit von Waren schütze, in denen das Werk verkörpert ist, und nicht die von einem Werkexemplar ungebundene Übermittlung erlaube. Unter Hinweis auf den Vorlagebeschluss des BGH (Beschluss vom 03.02.2011, Az. I ZR 129/08, Rn. 23 bis Rn. 29 - UsedSoft) und den dort wiedergegebenen Meinungsstand hat das LG ausgeführt, zu der parallelen Erschöpfungsregelung des § 69 c Nr. 3 Satz 2 UrhG für die Verbreitung von gebrauchter Software, aber auch zu § 17 Abs. II UrhG werde diskutiert, ob die Erschöpfungswirkung bei Online-Übermittlung entweder mit dem Herunterladen auf einen Datenträger eintritt oder aber mangels Übermittlung eines körperlichen Vervielfältigungsstücks überhaupt nicht.

Bei im Wege des Downloads erworbenen Multimediadateien sei eine Erschöpfung des Verbreitungsrechts jedenfalls abzulehnen. Dabei könne unter anderem auf die Informationsgesellschafts-Richtlinie und deren Erwägungsgründe abgestellt werden. In Art. 3 Abs. I der Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (2001/29/EG) sähen die Mitgliedsstaaten vor, dass den Urhebern das ausschließliche Recht zusteht, die drahtgebundene oder drahtlose öffentliche Wiedergabe ihrer Werke einschließlich der öffentlichen Zugänglichmachung der Werke in der Weise, dass sie Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich sind, zu erlauben oder zu verbieten. Gemäß Art. 3 Abs. III der Richtlinie erschöpfe sich dieses Recht nicht mit den in diesem Artikel genannten Handlungen der öffentlichen Wiedergabe oder der Zugänglichmachung für die Öffentlichkeit. Da-

zu laute es in Erwägungsgrund 29 der Informationsgesellschafts-Richtlinie: "Die Frage der Erschöpfung stellt sich weder bei Dienstleistungen allgemein noch bei Online-Diensten im Besonderen. Dies gilt auch für materielle Vervielfältigungsstücke eines Werks oder eines sonstigen Schutzgegenstandes, die durch den Nutzer eines solchen Dienstes mit Zustimmung des Rechtsinhabers hergestellt worden sind."

Auch für eine analoge Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes bleibe kein Raum. Angesichts des Wortlautes der Erwägungsgründe zur Richtlinie 2001/29/EG sei schon das Vorliegen einer erforderlichen Regelungslücke fraglich. Dem Gesetzgeber sei die Möglichkeit der unkörperlichen Übertragung auch bekannt gewesen und von diesem bewusst nicht erfasst worden. Schließlich fehle es an einer vergleichbaren Interessenlage. Das Interesse an einem Sekundärmarkt falle nicht oder allenfalls mittelbar in den Schutzbereich der urheberrechtlichen Erschöpfung.

Auch die Entscheidung des EuGH vom 03.07.2012, C-128/11, (UsedSoft ./ Oracle) ändere an dieser Einschätzung nichts. Zwar gelange der EuGH darin zu der Feststellung, dass die Richtlinie 2009/24/EG, die allein den Rechtsschutz von Computerprogrammen betrifft, dahingehend auszulegen sei, dass das Recht auf die Verbreitung der Kopie eines Computerprogramms erschöpft ist, wenn der Inhaber des Urheberrechts, der dem Herunterladen dieser Kopie aus dem Internet zugestimmt hat, gegen Zahlung eines Entgelts, das es ihm ermöglichen soll, eine dem Wert der Kopie entsprechende Vergütung zu erzielen, auch ein Recht eingeräumt hat, diese Kopie ohne zeitliche Begrenzung zu nutzen. Der EuGH habe aber auch dargelegt, dass die Richtlinie 2009/24, die speziell den rechtlichen Schutz von Computerprogrammen betrifft, im Verhältnis zur Richtlinie 2001/29/EG *lex specialis* sei. Nur im Bereich der Richtlinie 2009/24/EG seien nach dem Willen des Unionsgesetzgebers körperliche und nichtkörperliche Programmkopien einander gleichzustellen, trete also Erschöpfung des Verbreitungsrechts bereits mit dem Erstverkauf einer Programmkopie ein.

Die Wertungen des EuGH könnten auch nicht über die fehlende Erschöpfung des Vervielfältigungsrechts hinweghelfen, denn jedenfalls dieses erschöpfe sich auch nach oben zitierter Entscheidung des EuGH nicht. Ein weiteres Kopieren sei indessen bei der Weitergabe an einen Zweiterwerber technisch zwingend erforderlich. Der EuGH habe in der Entscheidung den Erschöpfungsgrundsatz nicht auf das Ver-

vielfältigungsrecht übertragen, sondern die vom Ersterwerber notwendig durchzuführenden Vervielfältigungen über eine weite Auslegung von Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2009/24/EG legitimiert. Ein Zweiterwerber eines Computerprogramms, der sich auf Erschöpfung nach Art. 4 Abs. 11 der Richtlinie 2009/24/EG berufen könne, sei gemäß Art. 5 I der Richtlinie 2009/24/EG auch befugt, die für den Erwerb erforderlichen Vervielfältigungen herzustellen. Eine solche Schranke, wie sie der deutsche Gesetzgeber durch § 69d Abs. 1 UrhG für Computerprogramme umgesetzt habe, fehle jedoch in Bezug auf Hörbuchdateien oder E-Books. Bei Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2009/24/EG handele es sich um eine spezialgesetzliche Vorschrift, die nur für Computerprogramme gelte und in der Richtlinie 2001/29/EG keine Entsprechung finde.

Dagegen richtet sich die Berufung des Klägers, der unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens eine Abänderung der angefochtenen Entscheidung erstrebt und seine erstinstanzlichen Ziele weiterverfolgt.

Er rügt die Verletzung materiellen Rechts, konkret eine falsche Auslegung von § 17 Abs. 2 UrhG, und sieht in den angegriffenen Regelungen in den AGB der Beklagten weiterhin eine "unzulässige Beschränkung der Verfügungsmöglichkeiten über die erworbene Ware". Das ergebe sich nicht zuletzt aus der Begründung des Urteils des Europäischen Gerichtshofs über Computerprogramme, welche entgegen der Ansicht des Landgerichts auch für Audiodateien entsprechend gälten. Indem das Landgericht auf die Erwägungsgründe der Informationsgesellschafts-Richtlinie 2001/29/EG abstelle, behandle sie diese rechtsfehlerhaft wie ein Gesetz. Es hätte dann auch berücksichtigen müssen, dass diese Richtlinie durch die jüngere Software-Richtlinie 2009/24/EG zumindest teilweise überholt und letztere nicht lediglich *lex specialis* für den Sonder- oder gar Ausnahmefall Software sei. Schon qualitativ sei eine Unterscheidung zwischen Computerprogrammen und Audiodateien – und anderen digitalen Produkten wie Ebooks und Datenbanken – kaum möglich. Damit habe sich das Landgericht nicht auseinandergesetzt. Das Landgericht irre auch, wenn es ausführe, ein Verbraucher erwarte trotz der kaufrechtlichen Terminologie nicht, dass er Audiodateien, die er gegen Entgelt über das Internet von der Seite des Berechtigten heruntergeladen habe, weiterverkaufen dürfe. Eine Vervielfältigung zur mehrfachen Veräußerung an weitere Dritte oder die Anfertigung von

"Raubkopien" sei damit zwar nicht gedeckt. Um einer solchen – illegalen – Handlung entgegenzuwirken dürfe aber nicht schon die Weiterveräußerung der gegen Entgelt erworbenen Kopie ausgeschlossen werden. Das gelte auch nicht im Lichte der qualitativ werthaltigeren, weil keiner Abnutzung unterliegenden Datei im Vergleich zu Buch oder Datenträger.

Auch verbiete sich vor dem europarechtlichen Hintergrund bereits eine allein am deutschen Schuld- und Sachenrecht orientierte Betrachtung. § 17 Abs. 2 UrhG sei europarechtskonform auszulegen, weshalb eine Erschöpfung auch eintrete, ohne dass eine Verbreitung i.S. eines "Kaufs" nach deutschem Recht festzustellen wäre. Das Landgericht habe im Lichte der Kosten für das Herunterladen im Vergleich zu den nur geringfügig höheren Kosten für eine verkörperte Fassung den Interessen des Erwerbers auch bei der Frage einer Erschöpfung des Verbreitungsrechts höheres Gewicht einräumen müssen. Gerade der vergleichsweise geringe Preisunterschied begründe für einen Verbraucher eher die Erwartung einer rechtlichen Gleichwertigkeit zwischen heruntergeladener und auf Datenträger verkörpert erworbener Datei. Das Landgericht unterstelle insoweit eine lebensfremde Verbrauchererwartung und -information und bewege sich – bei der prinzipiellen Unterstellung eines fehlenden Weiterveräußerungsinteresses bei heruntergeladenen Dateien – im Bereich der Spekulation. Insbesondere dürfe der Vertragszweck nicht derart eingeschränkt gesehen werden. Dabei sei § 31 Abs.5 UrhG zu berücksichtigen. Praktisch liege im AGB-mäßigen Verbot der Weiterveräußerung "gekaufter" Waren ein Widerspruch und deshalb eine Verbrauchertäuschung, zumindest aber eine unangemessene Benachteiligung i.S.v. § 307 Abs. 1 BGB. Die Verwendung dieser AGB dürfe deshalb nicht noch gerichtlich sanktioniert werden.

Entgegen der Ansicht des Landgerichts fänden die fraglichen AGB auch keine Stütze in anderen gesetzlichen Bestimmungen, namentlich nicht in § 53 UrhG. Die Regelung stelle entscheidend auf "privaten Gebrauch" ab und schließe schon von seinem Wortlaut nicht aus, dass das bei einer Kopie für einen Dritten der Fall sein könne. Zwar finde sich, wie er in einem kurz vor dem Termin zur mündlichen Verhandlung eingegangenen Schriftsatz ausgeführt hat, bei genauerer Betrachtung auch in § 53 UrhG keine Berechtigung zur Weiterveräußerung von Dateien und der Anfertigung von Kopien für Dritte. Deshalb halte er an seiner früheren Ansicht, auch von

dieser leitbildhaften Bestimmung weiche die Beklagte in den streitigen AGB ab, nicht mehr fest. Im Übrigen sei zu prüfen, ob nicht – soweit § 19a UrhG in die Gesamtbeurteilung einzubeziehen sei – zwischen Online-Diensten und Online-Übertragungen zu unterscheiden sei und lediglich Letztere, wozu das Angebot der Beklagten nicht zähle, in den Anwendungsbereich des § 19a UrhG fielen.

Nachdem ein Teil der Beanstandungen des Klägers bereits erstinstanzlich eine Erledigung erfahren hat, sind nur noch die in den nachstehenden Anträgen durch **Fett**druck hervorgehobenen Passagen streitig.

Der Kläger beantragt,

den Beklagte unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Bielefeld vom 5.3.2013 - 4 O 191/11- zu verurteilen, es bei Vermeidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu unterlassen, nachfolgende oder mit diesen inhaltsgleiche Bestimmungen in Verträge über den Bezug von Audiodaten (E-Books, Hörbücher) mit Verbrauchern einzubeziehen, sowie sich auf die Bestimmungen bei der Abwicklung derartiger Verträge, geschlossen nach dem 1. April 1977, zu berufen:

[10 E-Books, Hörbuch-Downloads, Zeitschriftenshop (3)]

1. **Im Rahmen dieses Angebotes erwirbt der Kunde das einfache, nicht übertragbare Recht, die angebotenen Titel zum ausschließlich persönlichen Gebrauch gemäß Urheberrechtsgesetz in der jeweils angebotenen Art und Weise zu nutzen.**
2. **Es ist nicht gestattet, [die Downloads in irgendeiner Weise inhaltlich und redaktionell zu ändern oder geänderte Versionen zu benutzen], sie für Dritte zu kopieren, [öffentlich zugänglich zu machen bzw. weiterzuleiten, im Internet oder in andere Netzwerke entgeltlich oder unentgeltlich einzustellen, sie nachzuahmen], weiterzuverkaufen [oder für kommerzielle Zwecke zu**

nutzen].

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil. Dieses sei in Begründung und Ergebnis zutreffend, beruhe insbesondere auch nicht auf Rechtsfehlern. Der noch streitgegenständliche Teil ihrer AGB sei rechtlich nicht zu beanstanden. Diese Bedingungen schränken die Rechte des Verbrauchers nicht ein, sondern gäben die geltende Rechtslage nur zutreffend wieder. Das betreffe insbesondere auch den Erschöpfungsgrundsatz, der bei der Vertriebsform im Download-Verfahren nicht greife. Zu einer anderen Betrachtung zwingt auch nicht die Entscheidung des europäischen Gerichtshofs über gebrauchte Computerprogramme. Es entspreche seit jeher in Übereinstimmung mit dem Wortlaut von § 17 Abs. 2 UrhG der nahezu einhelligen Auffassung in Literatur und Rechtsprechung, dass eine Erschöpfung des Verbreitungsrechts die Übergabe eines Werkstücks in physisch erfassbarer Form erfordere, was bei online-Übertragungen per se nicht der Fall sei. Dass das auch dann nicht der Fall sei, wenn sich der Erwerber der Datei selbst so ein Werkstück verschaffe, entspreche zumindest noch der h.M., und zwar zu Recht, denn auch das EU-Gemeinschaftsrecht, in dessen Lichte die Bestimmungen auszulegen seien, erfordere einen dinglichen Eigentumsübergang. Einer Erschöpfung des Verbreitungsrechts stehe auch entgegen, dass sich das Vervielfältigungsrecht nicht erschöpfe, eine Vervielfältigung aber dennotwendig bei jeder Weiterveräußerung einer Datei, anders als bei einem verkörperten Verbreitungsrecht, erfolge. Weil der Erschöpfungsgrundsatz eine Ausnahmeregelung zur Erhaltung der Verkehrssicherheit verkörperter Verbreitungsrechte darstelle, scheidet schon prinzipiell seine analoge Anwendung aus. Zudem fehle es an einer planwidrigen Regelungslücke und an einer vergleichbaren Interessenlage. Dabei sei zu berücksichtigen, dass ein nicht zu kontrollierender Sekundärmarkt entstehe.

Die Entscheidung des EuGH sei nicht einschlägig, weil sie Computerprogramme betreffe, keine Hörbücher. Auch ließen sich die Erwägungen nicht auf diese Sach-

verhalte übertragen. Im deutschen Recht seien die Sachverhalte in unterschiedlichen Bestimmungen geregelt. Diese hätten bereits unterschiedliche gesetzgeberische Wurzeln. Die § 69a ff UrhG betreffend Computerprogramme beruhten auf der Software-Richtlinie 2009/24/ EG und seien eine Spezialregelung. § 19a UrhG beruhe auf der Informationsgesellschafts-Richtlinie 2001/29/EG und regele ganz allgemein die drahtlose oder drahtgebundene Online-Zurverfügungstellung von Daten. Der Richtlinienggeber habe in Kenntnis seiner Richtlinie 2001/29/EG anlässlich der Richtlinie 2009/24/ EG keine Veränderungen verlangt, der nationale Gesetzgeber keine solchen vorgenommen. Das sei zu werten.

Es sei auch nicht anzunehmen, dass der EuGH seine Rechtsprechung auf Hörbuchdownloads ausweiten werde. Er habe nicht ausgesprochen, dass ein Erwerber zur Weiterveräußerung berechtigt sei, sondern nur, dass dann, wenn der Ersterwerber die Software weiterverkaufen dürfe, der Zweiterwerber ohne Verstoß gegen das Vervielfältigungsrecht weitere Kopien anfertigen dürfe. Die Erschöpfung des Verbreitungsrechts an einer Programm-Kopie sei nicht Folge der EuGH-Entscheidung, sondern Voraussetzung des eigentlichen Ausspruchs, zu weiteren Kopien berechtigt zu sein. Dass in jenem Fall das Verbreitungsrecht erschöpft gewesen sei, beruhe auf einer Spezialität bei Computerprogrammen. Dort werde schon in der initiativen Richtlinie nicht zwischen verkörpertem und nicht verkörpertem Programmkopien unterschieden.

Ohnehin bestehe ein qualitativer Unterschied zwischen Computerprogrammen und jedenfalls digitalen Mediendateien. Für erstere gebe es eine Definition, für letztere nicht.

Durch ihre AGB werde auch der Vertragszweck nicht gefährdet. Dieser liege nicht darin, dem Kunden eine frei verfügbare Datei zu verschaffen. Es sei schon vom Wortlaut des Vertrages her nur eine Nutzung im Rahmen des Urheberrechts geschuldet, und dies zum persönlichen Gebrauch. Damit sei klargestellt, dass der Kunde das Recht habe zum Anhören, Lesen und Abspielen. Privatkopien seien ebenfalls zulässig. Das sei zusammengefasst in den AGB als einfaches, nicht übertragbares Nutzungsrecht umschrieben worden. Schrankenlose Erwerberrechte seien im Bereich urheberrechtsrelevanter Geschäfte ohnehin nicht möglich. Die konkrete Klassifizierung des Vertrages sei bedeutungslos. Einen gesetzlich geregelten

Vertragstyp gebe es jedenfalls nicht. Deshalb störe die Verwendung kaufrechtlicher Begriffe nicht und sei auch nicht irreführend.

Auch beeinträchtigten ihre AGB nicht das Leitbild anderer tragender gesetzlicher Bestimmungen, namentlich der §§ 53, 31 Abs. 5 UrhG. Die erstgenannte Bestimmung werde nicht eingeschränkt, die zuletzt genannte sei nicht anwendbar.

Wegen der Einzelheiten des Vorbringens in der Berufungsinstanz wird auf die hier gewechselten Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen verwiesen.

II.

Die zulässige Berufung des Klägers hat keinen Erfolg.

Zu Recht hat das Landgericht die Unterlassungsklage abgewiesen. Das angefochtene Urteil beruht weder auf einem Rechtsfehler noch rechtfertigen seine – unstrittigen – Feststellungen eine andere Entscheidung, § 513 ZPO.

Der Kläger hat keinen Anspruch auf Unterlassung der Verwendung der beanstandeten Bedingungen in § 10 Abs. 3 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten (Allgemeine Geschäftsbedingungen der buch.de Internetstores AG Stand August 2009) gem. § 1 UKlaG. Denn keine der streitigen Regelungen in § 10 Abs. 3 der genannten AGB ist nach §§ 307 - 309 BGB unwirksam.

Diese Bestimmungen befassen sich ausschließlich mit der Inhaltskontrolle der verwendeten Regelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Keine vom Senat zu entscheidende Frage ist es indessen, ob sich die Beklagte im jeweils konkreten Vertragsfall auf die Regelungen berufen kann, soweit streitig ist, ob die Bestimmungen wirksam in den Vertrag einbezogen worden sind, weil sie etwa überraschend oder mehrdeutig sind, §§ 305c, 306 BGB.

Gegen die Bestimmungen der § 308 oder 309 BGB verstoßen die Bestimmungen bereits deshalb nicht, weil die streitigen Regelungen keinen der dort geregelten Tatbestände betreffen. Deshalb waren die Regelungen lediglich an der Generalklausel des § 307 BGB zu messen. Die fraglichen Regelungen halten einer Inhaltskontrolle nach § 307 BGB stand. Sie sind insbesondere hinreichend transparent i.S.v. § 307 Abs. 1 S. 2., Abs. 3 S. 2 BGB. Es kann auch nicht festgestellt werden, dass sie

i.S.v. § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB wesentliche Rechte, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so einschränkten, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet sei, oder dass sie schließlich i.S.v. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB den Vertragspartner des Verwenders unangemessen benachteiligten. Im Einzelnen:

1.

Es entspricht seit jeher gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung, dass Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen entsprechend den Grundsätzen von Treu und Glauben verpflichtet sind, Rechte und Pflichten ihrer Vertragspartner möglichst klar und durchschaubar darzustellen (BGH, Urteil vom 24. November 1988 – III ZR 188/87 –, dort Rn 26 m.w.N.; BGHZ 106, 42-53 = NJW 1989, 222 - 225). Abzustellen ist dabei nicht auf die Erkenntnismöglichkeiten des konkreten Vertragspartners, auch nicht auf das Verständnis eines Fachmanns, insbesondere eines Juristen, der sich eingehend mit den betreffenden AGB beschäftigt hat. Maßgebend sind vielmehr die Verständnismöglichkeiten des typischerweise bei Verträgen der geregelten Art zu erwartenden Durchschnittskunden (BGH .a.a.O., Rn 27 m.w.N.). Dennoch dürfen die Anforderungen an die gebotene Verständlichkeit nicht überspannt werden; AGB können nicht stets so formuliert werden, dass dem Kunden jedes eigene Nachdenken erspart bleibt. Das Transparenzgebot will den Verwender nicht zwingen, jede AGB-Regelung gleichsam mit einem umfassenden Kommentar zu versehen. Er soll aber verpflichtet sein, bei der Formulierung von vornherein auf die Verständnismöglichkeiten des Durchschnittskunden Rücksicht zu nehmen (BGH, Urteil vom 10. Juli 1990 – XI ZR 275/89 – dort Rn 18, BGHZ 112, 115-122 = NJW 1990, 2383-2384).

Diese Rechtsprechung ist mit der Übernahme der früher gesondert im ABGB geregelten Bestimmungen in das BGB mit der Schuldrechtsreform im Jahre 2002 zu einer gesetzlichen Regelung geworden. Insbesondere gilt für das Transparenzgebot auch für schlichte Leistungsbeschreibungen.

Gemessen daran ist die Bestimmung des § 10 Abs. 3 der AGB der Beklagten sowohl in ihren hier konkret gerügten Einzelkomponenten als auch in ihrem Zusammenwirken im Rahmen der gebotenen Gesamtbetrachtung nicht zu erinnern. Die

Bestimmung ist in klarer und verständlicher Sprache gehalten und genügt dem Verständlichkeitsgebot und dem Bestimmtheitsgebot. Dabei geht der Senat davon aus, dass die angesprochenen Personenkreise über ein Minimum an technischem Verständnis verfügen, welches erforderlich ist, um in den Genuss der heruntergeladenen Audio-Datei zu gelangen, dass ihnen also bekannt sind, wie sie die angebotenen Dateien über das Internet herunterladen, auf einem eigenen physikalischen Datenträger speichern und sie auf irgend einem Endgerät wiedergeben können. Deshalb kann auch der Verwender der fraglichen AGB derartige Grundkenntnisse voraussetzen. Wer über derartige Grundkenntnisse verfügt, ist auch in der Lage nachzuvollziehen und zu bewerten, welche Rechte ihm durch die hier streitige Bestimmung tatsächlich eingeräumt werden. Sie zählt im Ergebnis – sei es auch unter Verweisung auf das ohnehin Geltung beanspruchende UrhG – ohne Verwendung unbestimmter und eine schwierige Bewertung, für die die o.a. Kenntnisse nicht ausreichen, erforderlicher Begriffe und eher deklaratorisch als konstitutiv auf, was der Kunde als Gegenleistung für sein Geld erhält, nämlich ein personenbezogenes nicht übertragbares Recht, die angebotenen Titel im Rahmen der vom UrhG vorgegebenen Grenzen nutzen zu dürfen. Wo solche Grenzen – seien diese auch nach dem Verständnis des Verwenders beschrieben – liegen, wird in der Bestimmung ebenfalls bezeichnet, und zwar in eindeutiger und verständlicher Weise. Ob die Verwenderin die Grenzen inhaltlich zutreffend beschrieben hat, ist keine Frage des Transparenzgebots, sondern der logisch nachrangigen Inhaltskontrolle.

2.

Die Rüge, die verwendeten Regeln in § 10 Abs. 3 der AGB der Beklagten seien gem. §§ 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB i.V.m. § 17 Abs. 2, 31 Abs. 5 UrhG mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der sie abwichen, nicht zu vereinbaren, bildet einen Schwerpunkt der Argumentation des Klägers. An seiner ursprünglichen Ansicht, dass auch eine Abweichung vom wesentlichen Grundgedanken des § 53 UrhG vorliege, hält der Kläger nicht mehr fest.

Gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB ist zu vermuten, dass eine unangemessene Benachteiligung vorliegt, wenn eine Bestimmung in Allgemeinen Geschäftsbestimmungen mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen

wird, nicht zu vereinbaren ist. Diese Regelung knüpft an den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsatz an, dass den Vorschriften des dispositiven Rechts Leitbildcharakter hätten. Eine Abweichung von zwingenden gesetzlichen Vorschriften ist gem. § 134 BGB ohnehin unwirksam. Zur Überzeugung des Senats lassen sich aber bereits dem Grund nach die tatsächlichen Voraussetzung einer solchen Unwirksamkeit – ein Abweichen von gesetzlichen Bestimmungen – nicht feststellen, so dass es auch die im Falle von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB weitere Frage, ob die Beklagte die dann bestehende gesetzliche Vermutung einer darauf beruhenden unangemessenen Benachteiligung widerlegt hat, nicht mehr ankommt.

Der Kläger stellt hier namentlich auf die Regelung in § 17 Abs. 2 UrhG ab, die er direkt oder analog für anwendbar erachtet. Die Beklagte bringe die Werkkopie in den Verkehr, indem sie das Herunterladen der Datei ermögliche. Damit habe sich das Verbreitungsrecht an dieser Kopie erschöpft. Der Erwerber sei deshalb – wenn auch in den sonstigen, vom UrhG gezogenen Grenzen – berechtigt, wie ein Eigentümer mit dieser Kopie zu verfahren, sie namentlich weiterzugeben oder weiterzuverkaufen und deshalb auch zu kopieren. Der Kläger vertritt die Auffassung, dass dies nicht nur für Daten, etwa Audiodateien wie Hörbücher, gelte, die dem Erwerber in verkörperter Form – auf CD oder DVD – übergeben würden, sondern auch zutrefe, wenn dem Erwerber eine Möglichkeit zum Herunterladen über das Internet zur Verfügung gestellt werde, und folgert, so dass ihm die Weiterveräußerung und das Anfertigen einer Kopie für Dritte nicht untersagt werden dürften. Deshalb seien die entsprechenden Verbote in den AGB der Beklagten unzulässig und die Beschreibung der ihm zustehenden Rechte unzutreffend und ihn unangemessen beschränkend.

Dem vermag der Senat nicht zu folgen. Zur Überzeugung des Senats unterliegen aus dem Internet heruntergeladene Audio-Dateien und deren Kopien per se keiner Erschöpfung ihres Verbreitungsrechts, weil sie nicht § 17 UrhG, sondern ausschließlich der Regelung in § 19a UrhG unterfallen und diese Bestimmung bewusst und gewollt keine Erschöpfung des Verbreitungsrechts kennt. Weder die Computersoftware betreffenden Regelungen der § 69a ff UrhG noch die Rechtsprechung des EuGH und des BGH dazu begründen eine andere Wertung.

a.

Die Regelung in § 10 Abs. 3 der AGB der Beklagten weicht von § 17 Abs. 2 UrhG nicht ab; bereits die Regelungsbereiche sind nicht deckungsgleich. Auf Audiodateien, die nicht in verkörperter Form weitergegeben werden, ist § 17 Abs. 2 UrhG bereits dem Grunde nach unanwendbar.

§ 17 UrhG lautet in seinen hier maßgeblichen ersten beiden Ansätzen wie folgt:

(1) Das Verbreitungsrecht ist das Recht, das Original oder Vervielfältigungsstücke des Werkes der Öffentlichkeit anzubieten oder in Verkehr zu bringen.

(2) Sind das Original oder Vervielfältigungsstücke des Werkes mit Zustimmung des zur Verbreitung Berechtigten im Gebiet der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum im Wege der Veräußerung in Verkehr gebracht worden, so ist ihre Weiterverbreitung mit Ausnahme der Vermietung zulässig.

Der Wortlaut dieser Regelungen spricht von Vervielfältigungsstücken eines Werks. Darunter lassen sich aus dem Internet in Gestalt von Audio-Dateien herunterzuladende Hörbücher nur auf den ersten Blick subsumieren. Bei genauerer Betrachtung führt kein Weg an der Überzeugung vorbei, dass weder der deutsche Gesetzgeber noch der europäische Richtliniengeber, dessen Anweisungen der nationale Gesetzgeber in mehreren Schritten seit 1991 umgesetzt hat, ein derartiges Verständnis beabsichtigt haben noch – de lege ferenda – künftig wollen. Zur Überzeugung des Senats unterfällt die hier streitige Möglichkeit zum Herunterladen eines Hörbuchs in Gestalt von Audio-Datei aus dem Internet nicht § 17 UrhG, sondern der Regelung in § 19a UrhG, die eine Erschöpfung i.S.v. § 17 Abs. 2 UrhG nicht kennt. Der Anwendungsbereich des § 19a UrhG beschränkt sich entgegen der zuletzt nachgetragenen Ansicht des Klägers insbesondere nicht auf Online-Übertragungen (sog. "streaming").

(1)

In Rechtsprechung und Literatur besteht noch weitgehend Einigkeit, dass das Bereithalten einer Datei zum Download kein Verbreiten derselben i.S.v. § 17 UrhG, sondern nur eine öffentliche Wiedergabe i.S.v. § 19a UrhG (zum Meinungsstand z.B. Schrickler/Loewenheim/v. Ungern-Stemberg, Rn 5 f zu § 19a UrhG) darstellt und deshalb keine Erschöpfung begründen kann. Streitig ist indessen das rechtliche Schicksal der Kopien und Werkstücke, die derjenige, der von einem solchen Recht auf das Herunterladen einer Datei Gebrauch gemacht hat, anfertigt. Dabei wird teilweise auch unterschieden, um welche Art von Datei es sich handelt, nämlich ob es sich um Computersoftware handelt, um Datenbanken, Ebooks im engeren Sinne (faksimilierter Text, wie ihn die aktuell stark beworbenen Lesegeräte, allerdings auch jeder PC, jedes Notebook, jedes Tablet und jedes Smartphone wiedergeben), um Hörbücher, Hörspiele oder Musik. Eine Erschöpfung des Verbreitungsrechts an heruntergeladenen digitalen Dateien angenommen haben unter gewissen Umständen namentlich der EuGH in dem o.a. Urteil (U. v. 03.07.2012, C-128/11) betreffend gebrauchte Computer-Software und ihm folgend der BGH (U.v. 17.07.2013, I ZR 129/08), der zuvor auch vorgelegt hatte, angenommen. Abgelehnt für einen vergleichbaren Fall (Hörbücher) haben das z.B. das LG Stuttgart (17. Zivilkammer, U.v. 14.04.2011, 17 O 513/10, K&R 2011, 529) und ihm nachfolgend das OLG Stuttgart, dessen Urteil rechtskräftig geworden ist (2. Zivilsenat, U.v. 3.11.2011, 2 U 49/11, CR 2012, 299-303 = GRUR-RR 2012, 243-246 = ZUM 2012, 811-815).

Keine Erschöpfung angenommen für u.a. den Fall des Herunterladens eines Hörbuches hat auch das LG Hamburg (312 O 414/10; U.v. 20.09.2011; K&R 2012, 297-299).

(aa)

Das LG Hamburg hat dabei eher auf tatsächliche Gegebenheiten und die Nähe zum ebenfalls betroffenen Vervielfältigungsrecht abgestellt und (a.a.O., Rn 86 ff) ausgeführt:

"aa. Die Kunden der Beklagten können nicht deswegen – entgegen dem Wortlaut der angegriffenen Klausel – die Werke weiterverbreiten, weil Er-

schöpfung im Sinne des § 17 Abs. 2 UrhG eingetreten wäre. Letzteres ist nämlich nicht der Fall. Gemäß § 17 Abs. 2 UrhG ist die Weiterverbreitung mit Ausnahme der Vermietung zulässig, wenn das Original oder Vervielfältigungsstücke des Werkes mit Zustimmung des zur Verbreitung Berechtigten im Gebiet der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum im Wege der Veräußerung in Verkehr gebracht worden sind. Eine parallele Regelung findet sich in § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG für Computerprogramme.

Vor Download und Verkörperung auf der Festplatte oder einem anderen Speichermedium des Erwerbers steht dem Erwerber lediglich ein schuldrechtlicher Anspruch auf den Download zu. Nach Download und Verkörperung liegt ein Vervielfältigungsstück vor. Die Hörbücher werden hierdurch als Audiodatei dauerhaft körperlich festgelegt und den menschlichen Sinnen mittelbar - durch Computer bzw. Abspielgeräte, die die Dateien verarbeiten - wahrnehmbar gemacht (vgl. BGH, Vorlagebeschluss v. 03.02.2011 – I ZR 129/08 – Usedsoft zu Computerprogrammen, mwN)"

und (Rn 97 f):

"Die Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes auf die Weiterübertragung von Dateien ist damit unzulässig. Eine Weiterveräußerung von Dateien berührt das Vervielfältigungsrecht. Jedenfalls in der Abspeicherung des Programms auf einen Datenträger (Festplatte, Diskette u.ä.) ist eine Vervielfältigung im Sinne des § 16 UrhG zu sehen (so schon BGH GRUR 1991, 449, 453 - Betriebssystem). Das Vervielfältigungsrecht kann sich jedoch nicht erschöpfen (BGH GRUR 2001, 51, 53 – Parfumflakon; OLG Frankfurt/Main, MMR 2009, 544, 545; OLG München MMR 2008, 601; Wiebe in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 2. Aufl., § 19a UrhG, Rn. 1; vgl. auch EuGH GRUR 2004, 244, 248 – BHB-Pferdewetten und BGH GRUR 2005, 940, 942 – Marktstudien zum – in einer speziellen europarechtlichen Richtlinie geregelt – Schutz einer Datenbank)."

(bb)

Das OLG Stuttgart hat demgegenüber maßgeblich auf die Entstehungsgeschichte der betroffenen Bestimmungen des UrhG abgestellt (a.a.O., Rn 32) und ausgeführt:

"Bei der Erst-Transaktion in Form eines Online-Downloads greift aber der Erschöpfungsgrundsatz nicht. Die Info-RL 2001/29/EG hat für das Urheberrecht allgemein das Bestehen des Verwertungsrechts der öffentlichen Zugänglichmachung klargestellt, gleichzeitig aber auch in Art. 3 Abs. 3 und Erwägungsgrund 29 deutlich gemacht, dass die Erschöpfung für die Online-Übertragung geschützter Werke keine Gültigkeit hat. Das gleiche Prinzip wird ausdrücklich in Erwägungsgrund 43 der Datenbank-Richtlinie hervorgehoben: „Im Fall einer Online-Übermittlung erschöpft sich das Recht, die Weiterverwendung zu untersagen, weder hinsichtlich der Datenbank noch hinsichtlich eines vom Empfänger der Übermittlung mit Zustimmung des Rechtsinhabers angefertigten physischen Vervielfältigungsstücks dieser Datenbank oder eines Teils davon“. Zwar gilt die Info-Richtlinie insofern nicht für Computerprogramme. Jedoch hat der Gesetzgeber in § 69 c Nr. 4 eine ausdrückliche Gleichstellung mit dem allgemeinen Urheberrecht und § 19 a vorgenommen (Wiebe a.a.O. § 69 c UrhG, 20 und § 17, 8; vgl. auch Hoeren GRUR 2010, 665, 669; Schulze a.a.O. § 17, 30). Dies entspricht im Ergebnis der Rechtsprechung des EuGH, der die Vorlagefrage des BGH dahin beantwortet hat, dass Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29/EG in seinem Verbreitungsbegriff und der Erschöpfung des Verwertungsrechts dahin auszulegen sei, dass die Erschöpfung des Verbreitungsrechts für das Original oder für Vervielfältigungsstücke eines Werks beim Erstkauf dieses Gegenstandes eine Übertragung des Eigentums an diesem Gegenstand voraussetze (EuGH GRUR 2008, 604 [Tz. 33 bis 36] - Peek & Cloppenburg KG/ Cassina SpA). Auch der BGH führt in seinem weiteren Vorlagebeschluss an den EuGH aus - dort allerdings bezogen auf Computerprogramme -, dass das Speichern eines Programms eine Vervielfältigung darstelle, die nach Art. 4 Abs. 1 S. 2 der Richtlinie 2009/24/EG und § 69 c Nr. 1 S. 2 UrhG der Zustimmung des Rechtsinhabers bedürfe (BGH a.a.O. [Tz. 13] - UsedSoft). Der Kunde sei nicht berechtigt, das Recht der Vervielfältigung des Programms weiter zu übertragen (BGH a.a.O. [Tz. 15] - UsedSoft).

Der Gesichtspunkt der Erschöpfung sei nicht behilflich. Denn er kann nur bezogen sein auf ein in einem Vervielfältigungsstück körperlich festgelegtes Werk. Auch für eine Analogie insoweit sei kein Raum (OLG Düsseldorf MMR 2009, 629; OLG Frankfurt MMR 2009, 544, 545; zust. hierzu BGH a.a.O. [Tz. 32] - UsedSoft m. ausführl. Darstellung des Streitstandes; Bräutigam MMR 2009, 545; vgl. auch OLG München MMR 2008, 601 [Vorinstanz des BGH-Verfahrens]; Marly/Hoeren in Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke a.a.O. 67; Loewenheim in Schricker/Loewenheim a.a.O. § 17, 5 und 63; Spindler ebenda § 69 c, 26; so wohl auch Scholz GRUR 2011, 421, 422)."

(2)

Im Ergebnis schließt der Senat sich der Auffassung des OLG Stuttgart an.

(aa)

Eine grundsätzliche Unvereinbarkeit mit dem in § 16 UrhG geregelten, keiner Erschöpfung unterliegenden Vervielfältigungsrecht, die das LG Hamburg besorgt, sieht der Senat nicht. Denn das träfe nur zu, wenn jenseits der ersten und vom Rechteinhaber autorisierten Abspeicherung der Datei auf einem physikalischen Datenträger im Zuge des gestatteten Herunterladens weitere Vervielfältigungen mit einem Weiterverkauf einhergehen müssten, wovon offenbar das LG Hamburg ausgeht. Allerdings lässt dies die – gerade bei den hier streitgegenständlichen Hörbüchern lebensnahe – Möglichkeit außer Betracht, dass lediglich eine beachtliche Kopie der Datei(en) auf einem physikalischen Datenträger angefertigt wird, eine Weitergabe also ohne weitere Vervielfältigungshandlung erfolgen könnte. Außen vor zu bleiben haben bei dieser Betrachtung die Kopien, die lediglich technisch zur Nutzung der Datei notwendig sind und die flüchtig in Arbeitsspeicher, Cache oder Prozessorregistern abgelegt werden.

Die Möglichkeit, dass lediglich eine physikalische Kopie angefertigt wird, ergäbe sich, wenn als Pfad beim Herunterladen ein externer Speicherort angegeben würde und die Datei deshalb direkt auf einer Speicherkarte oder z.B. einem USB-Stick abgespeichert würde, die in den Steckplatz des mobilen Abspielgeräts eingesteckt

bzw. der mit dem jeweiligen mobilen Abspielgerät verbunden werden könnte. Wer ein Hörbuch erwirbt und dessen Benutzung in erster Linie auf einem mobilen Abspielgeräten – MP3-Player oder Smartphone – beabsichtigt, wird diese Möglichkeit in Erwägung ziehen. Bei einem solchen Szenario wäre eine Weitergabe an Dritte ohne weiteren Vervielfältigungsprozess möglich durch Weitergabe des Datenträgers, wobei nebenbei sichergestellt wäre, dass beim Veräußerer keine Kopie verbliebe. Die Regelung in § 16 UrhG taugt deshalb in derartigen Konstellationen nicht zur Begründung eines Veräußerungsverbots. Deshalb lässt sich das generelle Verbot jeglichen Weiterverkaufs damit nicht begründen, was insgesamt zur Unwirksamkeit der streitigen Bestimmung führen würde, wenn das generelle Weiterveräußerungsverbot nicht aus anderen Gründen berechtigt ist.

(bb)

Das generelle Weiterveräußerungsverbot lässt sich danach zwar nicht auf § 16 UrhG stützen. Dennoch stellt es keine unangemessene Benachteiligung dar, weil es nämlich der materiellen Rechtslage entspricht, dass das Verbreitungsrecht durch das Herunterladen von Hörbüchern in Gestalt von Audio-Dateien nicht erschöpft ist. Denn sie unterfallen der Regelung des § 17 UrhG nicht, sondern – nur – der Regelung in § 19a UrhG, das eine Erschöpfung des Verbreitungsrechts gewollt nicht kennt. Eine andere Wertung lässt das geltende deutsche Recht nicht zu, auch nicht mit Blick auf das Europarecht. Das ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte der einschlägigen Bestimmungen des UrhG.

§ 19a UrhG ist eingeführt worden durch Art. 1 Abs. 1 Nr. 5 des Gesetzes vom 10.9.2003, BGBl. I 1774 und gilt seit dem 13.9.2003. Dieses beruht auf dem Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 6.11.2002 (BT-Drucksache 15/38) und geht zurück auf die EG-Richtlinie 2001/29/EG. Diese wiederum war Folge zweier WIPO-Verträge aus dem Jahr 1996 (WIPO-Urheberrechtsvertrags = WIPO Copyright Treaty – WCT) und des WIPO-Vertrags über Darbietungen und Tonträger = WIPO Performances and Phonograms Treaty – WPPT), denen die Bundesrepublik und auch die EG als solche beigetreten sind. Darin – in Artikel 8 WCT und Artikel 10 und 14 WPPT – wurde im Rahmen eines Rechts der öffentlichen Wiedergabe ein "online-

Recht" gefordert. Ein solches Recht ist im deutschen Rechtsraum zuvor nicht vorgesehen gewesen und durch entsprechende Ergänzung von § 15 UrhG und Einföhrung von § 19a UrhG dann geschaffen worden (BT-Ds 15/38 S. 15).

Zur Begründung für diese Bestimmungen wird dort (a.a.O., S. 16 f) ausgeführt:

"Die vorgeschlagenen Änderungen des § 15 sowie die Einföhrung des neuen § 19a stehen in einem engen systematischen und funktionalen Zusammenhang. Mit ihnen wird das durch Artikel 3 der Richtlinie (gemeint RL 2001/29/EG) vorgegebene Ausschließlichkeitsrecht der öffentlichen Zugänglichmachung geregelt. Eng an der Systematik und am Wortlaut der Richtlinie orientiert, wonach das Recht der öffentlichen Wiedergabe das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung einschließt, wird das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung in § 15 Abs. 2 der öffentlichen Wiedergabe zugeordnet. Wiederum in enger Anlehnung an den Wortlaut des Artikels 3 Abs. 1 und 2 der Richtlinie (2001/29/EG) wird dieses Recht in § 19a definiert als das Recht, das Werk drahtgebunden oder drahtlos der Öffentlichkeit in einer Weise zugänglich zu machen, dass es Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich ist. Damit beschränkt sich der Entwurf darauf, den Stand der internationalen Rechtsvereinheitlichung hinsichtlich der öffentlichen Zugänglichmachung abzubilden.

Nach geltendem Recht ist die urheberrechtliche Qualifizierung der Werkverwertung im Rahmen von On-Demand-Diensten nicht eindeutig geklärt. Überwiegend wird eine Einordnung bei den Rechten der unkörperlichen Werkverwertung befürwortet, wobei entweder das Senderecht für direkt oder analog anwendbar gehalten oder eine Qualifizierung als unbenanntes Recht der öffentlichen Wiedergabe befürwortet wird. Unabhängig von der Frage der genauen Qualifizierung besteht jedoch Einigkeit darüber, dass das Vorhalten urheberrechtlich geschützter Werke zum Abruf im Ergebnis einem ausschließlichen Verwertungsrecht des Urhebers unterfallen soll. Dies wird nunmehr in § 15 Abs. 2 Satz 2 ausdrücklich geregelt. Maßgebliche Verwertungshandlung ist damit bereits das Zugänglichmachen des Werks für den interaktiven Abruf, wodurch ein frühzeitiger Schutz zugunsten des Urhebers sichergestellt wird.

...

Bisher war unsicher, ob das für den „klassischen“ Bereich der öffentlichen Wiedergabe geforderte Kriterium der Gleichzeitigkeit (Schricker/von Ungern-Sternberg, 2. Aufl., § 15 Rz. 59 m. w. N.) auf das Vorhalten von Werken zum Abruf in digitalen Netzen zu übertragen und dadurch die „sukzessive Öffentlichkeit“ in diesem Bereich nicht als öffentliche Wiedergabe zu qualifizieren sei. Artikel 3 Abs. 1 der Richtlinie gewährt entsprechend Artikel 8 des WIPO-Urheberrechtsvertrags den Urhebern das ausschließliche Recht der „öffentlichen Zugänglichmachung der Werke in der Weise, dass sie Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich sind“. Inhaltsgleiche Regelungen enthalten die Richtlinie in Artikel 3 Abs. 2 sowie der WIPO-Vertrag über Darbietungen und Tonträger in Artikel 10 hinsichtlich der ausübenden Künstler sowie in Artikel 14 hinsichtlich der Tonträgerhersteller. Für diese Verwertungshandlung kann es damit gerade nicht auf eine gleichzeitige Öffentlichkeit ankommen.

Auf eine entsprechende Klarstellung im Gesetzestext kann verzichtet werden, da der Wortlaut eine differenzierte Auslegung zulässt."

Aus den Ausführungen und seine Bezugnahmen auf unterschiedliche Termini Technici ("On Demand", "file-sharing-Systeme") wird deutlich, dass damit der Verbreitungsweg nicht nur, aber gerade auch über das Internet geregelt werden soll und dass sich das "online-Recht" der öffentlichen Wiedergabe weder auf eine zeitgleiche Wiedergabe bei allen Nutzern des Dienstes beziehen muss noch sich die Anwendbarkeit auf sogenannte Streaming-Portale beschränkt, die auf Abruf urheberrechtlich relevante Inhalte ohne beachtliche Speicherung auf dem Endgerät des Letztconsumenten über ein Netzwerk zur Verfügung stellen, sondern dass unter diese Bestimmung jede unkörperliche Weitergabe kompletter Medien-Dateien, also auch im hier streitgegenständlichen Wege des Herunterladens und der lokalen Speicherung fällt.

Eine "Verbreitung" i.S.v. § 17 UrhG sah der Gesetzgeber durch das neu geschaffene Recht auf die öffentliche Wiedergabe ganz offensichtlich nicht. Das Verbreitungsrecht war im deutschen Urheberrecht in § 17 UrhG nämlich bereits – richtlinienkonform – kodifiziert und bedurfte im Ergebnis keiner Nachbesserung. Mit § 19a

UrhG wurde, wie sich auch aus der entsprechenden Ergänzung von § 15 UrhG ergab, ein weiteres Urheberrecht – ohne den Anspruch, nun alle denkbaren Urheberrechte bereits abschließend erfasst zu haben – neu geschaffen. Demzufolge wird bereits im Text der Richtlinie deutlich zwischen dem – im deutschen Recht bereits bekannten – Vervielfältigungsrecht (RL Art 2) und dem Verbreitungsrecht (RL Art 4) und dem – dem deutschen Recht bis dato unbekanntem – Recht auf öffentliche Wiedergabe (RL Art 3) unterschieden.

Die hier interessierenden Art 3 und 4 lauten:

" Artikel 3: Recht der öffentlichen Wiedergabe von Werken und Recht der öffentlichen Zugänglichmachung sonstiger Schutzgegenstände

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

(2) Die Mitgliedstaaten sehen für folgende Personen das ausschließliche Recht vor, zu erlauben oder zu verbieten, dass die nachstehend genannten Schutzgegenstände drahtgebunden oder drahtlos in einer Weise der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden, dass sie Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich sind:

a) für die ausübenden Künstler in Bezug auf die Aufzeichnungen ihrer Darbietungen;

b) für die Tonträgerhersteller in Bezug auf ihre Tonträger;

c) für die Hersteller der erstmaligen Aufzeichnungen von Filmen in Bezug auf das Original und auf Vervielfältigungsstücke ihrer Filme;

d) für die Sendeunternehmen in Bezug auf die Aufzeichnungen ihrer Sendungen, unabhängig davon, ob diese Sendungen drahtgebunden oder drahtlos, über Kabel oder Satellit übertragen werden.

(3) Die in den Absätzen 1 und 2 bezeichneten Rechte erschöpfen sich nicht mit den in diesem Artikel genannten Handlungen der öffentlichen Wiedergabe

oder der Zugänglichmachung für die Öffentlichkeit.

Artikel 4: Verbreitungsrecht

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

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

Das zeigt, dass das Recht auf öffentliche Wiedergabe die Regelung zum Verbreitungsrecht zwar unberührt lassen, den dort geregelten Erschöpfungsgrundsatz aber auch nicht auf die öffentliche Wiedergabe erweitern sollte. Nichts anderes bringen die Erwägungen, die der umgesetzten RL 2001/29/EG zugrundeliegen, zum Ausdruck. Schon der Richtlinienggeber hatte in den Erwägungen, die zu der Richtlinie geführt hatten, ausgeführt, dass sich die Frage einer Erschöpfung des Verbreitungsrechts nicht stelle. Das ist ganz offensichtlich, wenn die öffentliche Wiedergabe als etwas Eigenständiges und nicht als ein Unterfall der Verbreitung begriffen wird.

Bereits das Landgericht hat zu Recht auf diese Erwägungen Nr. 28 und 29 hingewiesen. Sie lauten:

" (28) Der unter diese Richtlinie fallende Urheberrechtsschutz schließt auch das ausschließliche Recht ein, die Verbreitung eines in einem Gegenstand verkörperten Werks zu kontrollieren. Mit dem Erstverkauf des Originals oder dem Erstverkauf von Vervielfältigungsstücken des Originals in der Gemeinschaft durch den Rechtsinhaber oder mit dessen Zustimmung erschöpft sich das Recht, den Wiederverkauf dieses Gegenstands innerhalb der Gemeinschaft zu kontrollieren. Dies gilt jedoch nicht, denn das Original oder Vervielfältigungsstücke des Originals durch den Rechtsinhaber oder mit dessen Zu-

stimmung außerhalb der Gemeinschaft verkauft werden. Die Vermiet- und Verleihrechte für Urheber wurden in der Richtlinie 92/100/EWG niedergelegt. Das durch die vorliegende Richtlinie gewährte Verbreitungsrecht lässt die Bestimmungen über die Vermiet- und Verleihrechte in Kapitel I jener Richtlinie unberührt.

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

Die Rüge der Berufung, das Landgericht habe diese Erwägungen wie ein Gesetz angewandt, ist inhaltlich nicht berechtigt. Denn wie die vorstehenden Ausführungen zur Entstehungsgeschichte des § 19a UrhG belegen, stellt sich die Frage der Erschöpfung des Verbreitungsrechts bei unkörperlicher online-Übertragung von Daten und Dateien per se nicht. So betrachtet erweist sich die vorstehend wiedergegebene Erwägung Nr. 29 nur als zutreffende Feststellung.

b.

Auch eine analoge Anwendung des in § 17 Abs. 2 UrhG zum Ausdruck gebrachten Grundsatzes auf die Fälle, in denen die Möglichkeit zum Herunterladen von Hörbüchern angeboten wird, scheidet aus. Denn es liegt weder eine systemwidrige Gesetzeslücke vor noch ist die Interessenlage eines Verbrauchers, der eine Audio-Datei in verkörperter Form auf einem Datenträger erwirbt mit derjenigen eines Kunden, der von der Möglichkeit zum Herunterladen eines Hörbuchs über einen Internet-Link

Gebrauch macht, vergleichbar.

(1)

Dass § 19a UrhG abweichend von § 17 Abs. 2 UrhG keine Regelung zur Erschöpfung enthält, ist bereits keine Regelungslücke, ausgehend davon, dass die öffentliche Wiedergabe i.S.v. § 19a UrhG, von welcher das Bereithalten einer Datei zum Herunterladen ein Erscheinungsbild ist, kein Unterfall des Verbreitens im Sinne von § 17 UrhG, sondern qualitativ etwas völlig anderes darstellt. Dass dies ursprünglich so gewollt ist, ist bereits vorstehend zu aa. (2) (bb) dargestellt worden. Zur Überzeugung des Senats hat sich an dieser Grundhaltung des nationalen Gesetzgebers auch in jüngerer Zeit nichts geändert. Das zeigt die jüngere parlamentarische Entwicklung, namentlich der gescheiterte Gesetzesentwurf der Fraktion der LINKEN (Drucksache 17/8377) in der abgelaufenen 17. Legislaturperiode vom 18.01.2012 für ein "Gesetz zur Ermöglichung der privaten Weiterveräußerung unkörperlicher Werkexemplare".

In der Begründung des Gesetzesentwurfs heißt es schon ganz zu Anfang:

"Verbrauchern ist jedoch häufig gar nicht bewusst, dass die Medienprodukte, die sie per Download in unkörperlicher Form erwerben, gegebenenfalls weniger wert sind als körperliche Werkexemplare, also im Laden gekaufte CDs oder gedruckte Bücher. Denn während ein Buch oder eine CD, die der Besitzer nicht mehr benötigt, jederzeit gebraucht weiterveräußert werden kann, um einen wirtschaftlichen Restwert zu realisieren, ergeben sich für den Secondhandhandel mit Dateien unerwartete Schwierigkeiten. Aufgrund der unklaren Rechtslage lassen Onlineshops wie eBay einen entsprechenden Handel schon von vornherein nicht zu (bezeichnenderweise fällt Dateihandel bei eBay von vornherein in die Kategorie „Bootlegs“). Während ein Musikfreund jederzeit seine CD-Sammlung, ein Bücherliebhaber nach Gutdünken seine Bibliothek gebraucht verkaufen darf, werden die Besitzer digitaler Güter daran gehindert."

und (a,a,O., S. 4):

"Sofern der Urheber ein körperliches Exemplar seines Werks in Verkehr ge-

bracht hat (oder einem Dritten dies genehmigt hat), erschöpft sich mit diesem Akt sein Recht, die weitere Verbreitung zu kontrollieren. Die entsprechenden Werkstücke können mithin innerhalb der Europäischen Union frei gehandelt werden. Dies bezieht sich auch auf Gebrauchthandel. Die Regelung steht im Einklang mit den Bestrebungen der Gemeinschaft, einen möglichst reibungslosen innereuropäischen Warenhandel zu ermöglichen.

Der Urheber bzw. Rechteinhaber soll, nachdem er sein Werk einmal „auf den Markt geworfen“ hat, nicht mehr die Möglichkeit haben, dessen weitere Verbreitung etwa von der Zahlung von Urheberrechtsvergütungen abhängig zu machen.

Allerdings gilt dies nach herrschender Meinung nur für körperliche Werkexemplare, also für Musik-CDs, Bücher oder Softwaredatenträger, nicht jedoch für unkörperliche Medienprodukte, also Dateien. Dies hat nicht zuletzt darin seinen Grund, dass Dateien per definitionem nicht „verbreitet“ werden und folglich auch nicht „weiterverbreitet“ werden können. Wird ein Werk nicht in körperlicher Form, sondern beispielsweise als Download vertrieben, handelt es sich von vornherein nicht um eine Verbreitung, sondern hier ist das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung (§ 19a) betroffen.

Folglich kann auch keine Weiterverbreitung stattfinden. Das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung jedoch erschöpft sich nicht, die Nutzung ist genehmigungspflichtig. „Die Online-Übertragung stellt keine Verbreitung dar, sondern ist ein Recht der öffentlichen Wiedergabe“, schreibt auch Gerhard Schricker in seinem Urheberrechtskommentar (Schricker/Loewenheim, Urheberrecht Kommentar, 4. Aufl. 2010, § 17, Rn. 45).

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob daraus geschlossen werden muss, dass die Verkehrsfähigkeit unkörperlicher Werkstücke grundsätzlich eingeschränkt sein soll, nämlich abhängig von der Genehmigung des Rechteinhabers. Oder ob in Fällen, in denen der unkörperliche Vertrieb lediglich traditionelle Vertriebsformen ersetzt, von einer Analogie körperlicher und unkörperlicher Werkexemplare auszugehen ist. Hierüber gehen die Meinungen auseinander (vgl. Berger, GRUR 2002, S. 198/199; Dreier, ZUM 2002, S. 28/32; Dreier/Schulze-Dreier, § 19a, Rn. 11; Hoeren, MultiMedia und Recht

2000, S. 515/517; Knies, GRUR Int. 2002, S. 314 ff. passim; Spindler, GRUR 2002, S. 105/110; Wandtke/Bullinger-Grützmaker, § 69c, Rn. 31; Kröger, CR 2001; S. 316/318; Fromm/Nordemann-Dustmann, § 19a, Rn. 29; Mäger, CR 1996, S. 522/524 ff.; Linnenborn, K&R 2001, S. 394/395; Koch, GRUR 1997, S. 417/425 ff.; Koehler, Der Erschöpfungsgrundsatz im Online-Bereich, Dissertation 2000, S. 167 ff. Anderer Auffassung Jaeger, Der Erschöpfungsgrundsatz im neuen Urheberrecht, in Hilty, Reto/Peukert, Alexander (Hrsg.), Interessenausgleich im Urheberrecht, Baden-Baden 2004, S. 47 ff.; Schricker-Loewenheim, § 17, Rn. 37; Fromm/Nordemann-Czychowski, § 69c, Rn. 17; Schricker/v. Ungern-Sternberg, § 19a, Rn. 6; Schricker/Loewenheim, § 69c, Rn. 34)..."

Man schlug vor, das UrhG um folgende Bestimmung zu ergänzen:

§ 17a Weiterveräußerung von Werkexemplaren

(1) Vervielfältigungsstücke des Werkes, die vom Berechtigten im Gebiet der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum im Wege der Veräußerung in Verkehr gebracht wurden, dürfen vom rechtmäßigen Erwerber weiterveräußert werden, soweit dieser keine weitere Vervielfältigung des veräußerten Werkexemplars zurückbehält.

(2) Das Recht zur Weiterveräußerung kann nicht vertraglich abbedungen werden. Eine öffentliche Zugänglichmachung von Vervielfältigungsstücken des Werkes durch den Erwerber ist nicht zulässig."

Der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags gab am 12.6.2013 (BT-Ds. 17/13943) folgende Beschlussempfehlung und Bericht ab: "Ablehnung des Gesetzesentwurfs mit den Stimmen der Fraktionen der CDU/ CSU und FDP gegen die Stimmen der Fraktion DIE LINKE bei Stimmenthaltung der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN." Dementsprechend war am folgenden Tag im Bundestag das Abstimmungsergebnis. Der Gesetzesentwurf, der die rechtliche Ausgangssituation zutreffend und entsprechend der Auffassung des Senats dargestellt hatte, wurde abgelehnt. Das lässt zur Überzeugung des Senats nur den Schluss zu, dass der

Gesetzgeber in Kenntnis dieser Situation keinen Handlungsbedarf dahin sah, heruntergeladene Multimedia-Dateien wie Gegenstände zu behandeln, die ein urheberrechtlich geschütztes Werk verkörpern, kurz, auch bei ihnen eine Erschöpfung des Verbreitungsrechts zu begründen.

(2)

Im Fehlen einer Erschöpfung des Verbreitungsrechts heruntergeladener Audio-Dateien könnte jedenfalls auch keine systemwidrige Regelungslücke erblickt werden. § 17 UrhG betrifft den Fall, dass das Original des Werks oder Vervielfältigungsstücke davon in Verkehr gebracht werden. Soweit es sich um bereits originär körperliche Gegenstände handelt, an denen ein sachenrechtlich fassbares Interesse besteht, liegt ohnehin nahe, sie zuallererst dem Sachenrecht zu unterstellen. Das ist auch einfühlbar, wenn unkörperliche Werke – dazu gehören die hier streitigen Hörbuchdateien – in einer Sache verkörpert werden. In beiden Fällen begibt sich der Veräußerer der Sache eines Vermögensgegenstands, was unmittelbar zu einer Vermögensminderung führt.

Völlig anders ist das bei Bereithalten von Audiodaten zum Herunterladen. Hier findet keine Substanzverschiebung statt. Auch das Urheberrecht selbst, weil schon nicht verkehrsfähig i.e.S., wird nicht transferiert. Macht der Erwerber von der Möglichkeit Gebrauch, die Datei(en) herunterzuladen, tritt keinerlei physische Veränderung der Sachen des Anbieters ein. Es ist auch nicht so, wie die unpräzise Bezeichnung "Dateiübertragung" suggeriert, dass etwaige Magnetisierungs- oder Spannungszustände über das Internet vom Anbieter zum Erwerber übertragen würden. Letztlich reduziert sich der sog. "Download" auf das Übertragen einer Anweisung, welche Abfolge von Informationszuständen das Betriebssystem auf dem Endgerät des Erwerbers in Dateiform auf einem lokalen physikalischen Speicher erzeugen soll, wobei völlig offen bleibt, ob die Daten in optischer, magnetischer oder elektrischer Form gespeichert werden sollen. Das gilt auch dann, wenn beim Herunterladen nicht eine bereits vorhandene Datei kopiert wird, sondern wenn die herunterzuladende Datei erst bei diesem Prozess beim Anbieter flüchtig und individuell für den jeweiligen Erwerber erzeugt wird. Das scheint hier so betrieben zu werden, weil die Beklagte in ihren AGB im weiteren Wortlaut des streitbefangenen § 10 darlegt, jede Datei werde mit

einem digitalen Wasserzeichen versehen, das die Datei individualisiert. Auch dann bleibt es aber dabei, dass sich der Anbieter nichts Greifbaren begibt und demzufolge der Erwerber nichts Greifbares bekommt, dem zur Verkehrssicherheit auch eine Verkehrsfähigkeit zuzugestehen wäre.

(3)

Nichts anderes besagt im Ergebnis die jüngere Rechtsprechung des EuGH (Urteil des EuGH vom 03.07.2012 (C-128/11; ZUM 2012, 661) und ihm folgend des BGH (Urteil des 1. Zivilsenats vom 17.07.2013 – I ZR 129/08 – UsedSoft II). Diese bezog sich auf Computersoftware und damit nicht auf Multimediadateien oder speziell Hörbücher. Auf diese digitalen Produkte lassen sich die für Software geltenden Grundsätze nicht übertragen. Der EuGH hat auch nicht ausgesprochen, dass der Erschöpfungsgrundsatz des § 17 Abs. 2 UrhG für Computerprogramme gelte, die im Wege des Herunterladens auf dem Internet erworben wurden.

(aa)

Nach dem Willen des Europaparlaments und des Rates sowie nach dem Willen des Bundestags als dem zuständigen nationalen Gesetzgeber sind Multimediadateien wie Hörbücher einerseits und Computersoftware andererseits keine gleichartigen urheberrechtlich geschützte Werke und können und sollen unterschiedlichen Regeln folgen. Das ergibt sich zwingend aus der Entstehungsgeschichte des § 19a UrhG einerseits und der Bestimmungen der § 69a UrhG andererseits und wird – auf nationaler deutscher Ebene – auch durch jüngere parlamentarischen Ereignisse und damit durch die (Un)Tätigkeit des Gesetzgebers bestätigt.

Wie § 19a UrhG, zu dessen Entstehungsgeschichte auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen wird, beruhen auch die für den Schutz von Computerprogrammen maßgeblichen Bestimmungen des UrhG, namentlich die §§ 69a ff UrhG, auf einer Richtlinie des Europaparlaments (ursprünglich 91 /250/EWG vom 14.5.1991), um im Lichte der zu erzielenden weitgehenden Allgemeingültigkeit der maßgeblichen Regelungen eine Harmonisierung des Rechts aller Unionsstaaten herbeizuführen.

In nationales Recht umgesetzt worden sind sie basierend auf der BT-Ds 12/4022.

Dort heißt es (S. 7 f):

„... Auch wenn die Richtlinie gemeinschaftsweit Urheberrechtsschutz für Computerprogramme festlegt, so ist doch nicht zu verkennen, dass zwischen der neuen Werkart Computerprogramme und den traditionell durch das Urheberrecht geschützten Arten von Werken Unterschiede bestehen, die Sonderregelungen für Computerprogramme erfordern. Einer der wesentlichen Unterschiede ist, dass ein Computerprogramm als Industrieprodukt darauf angelegt ist, mit anderen Elementen eines Datenverarbeitungssystems zusammenzuarbeiten; es muss kompatibel sein. Weiterhin erschließt sich Dritten der Inhalt eines Computerprogramms nicht ohne weiteres. Ein Buch kann jeder lesen, einen Film jeder sehen, eine Schallplatte jeder hören, ein Kunstwerk jeder betrachten. Anhand des Datenträgers lassen sich Arbeitsweise und Funktion eines Programms nicht ohne weiteres ermitteln.

Die Umsetzung der Richtlinie bringt spezielle Bestimmungen ausschließlich für Computerprogramme mit sich. So wären Änderungen der § 16 (Vervielfältigungsrecht), § 17 (Verbreitungsrecht), § 23 (Bearbeitungen und Umgestaltungen), § 43 (Urheber in Arbeits- oder Dienstverhältnissen), §§ 45 ff. (Schranken des Urheberrechts) und §§ 97 ff. (Rechtsverletzungen) erforderlich.

Es erscheint zum einen geboten, diese Sonderregelungen im Interesse der Rechtsklarheit in einem einheitlichen Abschnitt zusammenzufassen. Die Rechtsanwendung wird so erleichtert. Der Rechtsanwender findet die wesentlichen Vorschriften über den Rechtsschutz von Computerprogrammen übersichtlich an einer Stelle im Gesetz. Die Alternative, das UrhG jeweils im Anschluss an die Regelungen zu ändern, die mit der Richtlinie nicht in Einklang stehen, würde dazu führen, dass diese Vorschriften sich verstreut an verschiedenen Stellen im Gesetz befänden.

Zum anderen sollen die Ausstrahlungen von Sonderregelungen für Computerprogramme auf das „klassische“ Urheberrecht möglichst vermieden werden. Die urheberrechtliche Systematik soll nicht im Interesse einer Werkart geändert werden, die an der Grenze zwischen dem Urheberrecht traditioneller Art und anderen Rechtssystemen zum Schutz des geistigen Eigentums liegt.

Dem vorliegenden Entwurf liegt die Konzeption einer weitgehend wörtlichen Übernahme der Richtlinie zugrunde, auch wenn dies nicht in vollem Umfang dem Sprachgebrauch des UrhG entspricht. Damit soll eine möglichst EG-weite einheitliche Auslegung der Bestimmungen zum Rechtsschutz von Computerprogrammen gefördert werden. Bei §§ 69a bis 69 e und 69 g handelt es sich der Sache nach um ein Stück europäisches Urheberrecht innerhalb des UrhG. Bei der Auslegung der neuen Vorschriften ist dieser Hintergrund zu berücksichtigen. Es ist zu erwarten, dass sich die Rechtsprechung der Mitgliedstaaten wechselseitig beeinflussen wird.

...

All dies macht die vorgeschlagene Schaffung eines gesonderten Abschnitts sinnvoll..“

und weiter (a.a.O. S. 11):

„... Zu § 69c

...

Zu Nummer 3

Hierdurch wird Artikel 4 Buchstabe c der Richtlinie unter Anpassung an den Sprachgebrauch des UrhG umgesetzt. Diese Bestimmung sieht in Übereinstimmung mit § 17 UrhG ein Verbreitungsrecht vor. Satz 2 entspricht der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zur gemeinschaftsweiten Erschöpfung des Verbreitungsrechts (EuGH GRUR Int. 1981, 229/231 — Gebührendifferenz II; GRUR Int. 1982, 372/377 — Polydor/Harlequin).

Entsprechend dem urheberrechtlichen Territorialitätsprinzip beschränkt sich § 69 c Nr. 3 UrhG darauf, die gemeinschaftsweite Erschöpfung für den Geltungsbereich des UrhG zu regeln. Das Verbreitungsrecht in Deutschland wird durch das Inverkehrbringen in einem der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften erschöpft.... “

Die zeigt zur Überzeugung des Senats, dass es sich bei den §§ 69a ff UrhG um eine ganz spezielle, maßgeschneiderte Lösung exakt für und nur für Computerprogram-

me handelt, die nicht analogiefähig ist und es auch nicht sein soll. Das ergibt sich aus dem wiederholten Hinweis auf die Geltung dieser Spezialregelungen nur für Software, die nicht auf andere Bereiche des Urheberrechts ausstrahlen solle. Zwar auch, aber nicht nur wegen der Spezialität hat der nationale Gesetzgeber für diese dem Urheberrecht unterliegenden Werke einen eigenen Abschnitt geschaffen, anstatt ihn in den allgemeinen Teil zu integrieren, was handwerklich ohnè Frage möglich gewesen wäre. Der Gesetzgeber, der die Möglichkeit gesehen hat, hat ganz bewusst davon Abstand genommen, um auch äußerlich die Spezialität von Computerprogrammen zu betonen.

Zusammenfassend kann die Vorstellung des nationalen Gesetzgebers dahin formuliert werden, dass Software ist mit den allgemeinen Regeln des Urheberrechts nicht angemessen zu bewerten sei, die §§ 69a UrhG deshalb einen Spezialfall regelten und eine Generalisierung dieser Spezialregelungen ausgeschlossen sei, dass die §§ 15 ff UrhG, soweit in §§ 69 a ff keine Spezialregelungen getroffen werden, zwar auch für Software gälten, die § 69a ff UrhG aber damit nicht schon für andere digitalen Werke. Der nationale Gesetzgeber hat schon 1991 und erneut 2009 ganz gezielt die §§ 15 ff nicht angetastet. Die – mangels einer Differenzierung – verbale Gleichbehandlung von verkörperter Computersoftware und nicht verkörperter Software in der RL 2009/24 hat er bewusst und gewollt nicht für alle digitalen Produkte generalisiert.

(bb)

Die Entscheidung des EuGH (C 128/11) betrifft Software und nicht andere digitale Produkte, insbesondere nicht Multimediadateien, speziell Hörbücher. Ausgehend von den vorstehenden Ausführungen lassen sich die Spezialregelungen für Software nicht generalisieren, was schon in Frage stellt, dass die EuGH-Entscheidung den vorliegenden Sachverhalt und seine rechtliche Bewertung erhellen kann.

Die besondere Spezialität der Regelungen in den §§ 69a ff UrhG ausschließlich und nur für Computersoftware gegenüber den allgemeinen Regelungen in §§ 15 ff UrhG im nationalen Recht ist bereits dargelegt worden. Aber auch eine Auslegung der Regelung im Licht des europäischen Rechts führt zu keiner anderen Wertung. Na-

mentlich erachtet der Senat das Argument, die Software-Richtlinie aus dem Jahre 2009 sei jünger als die Informationsgesellschafts-Richtlinie aus dem Jahr 2001 und bedinge auch Änderungen in den Regeln des nationalen Rechts, die auf letzteren beruhten, nicht für überzeugend. Denn die Software-Richtlinie 2009/24 EG schreibt die ursprüngliche Richtlinie des Rates vom 14. Mai 1991 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen (91/250/EWG) in aktualisierter Form fort und lässt die Informationsgesellschafts-Richtlinie 2001/29/EG unberührt. Diese findet dort nicht einmal Erwähnung. Audiodateien sind auch grundsätzlich keine Computerprogramme, mögen sie auch geringe Anteile von Komponenten enthalten, in denen sie Gemeinsamkeiten mit Computerprogrammen aufweisen. Sie sind aber nicht eigenständig, ggf. im Zusammenwirken mit dem Betriebssystem, ablauffähig, sondern sind per se von einem bestimmten Betriebssystem unabhängig, bedürfen also eines Computerprogramms, um in durch die Sinne wahrzunehmenden Klang umgesetzt zu werden.

Auch der EuGH spricht in seiner Entscheidung von einer Spezialität, die speziell für Computerprogramme zutreffe. Das sieht auch der Kläger. Er ist aber der Ansicht, entscheidend sei, dass beide Dateienarten – Computerprogramme und Audio-Dateien – jeweils in unverkörperter Form übertragen würden und dass der EuGH bei den Computerprogrammen (schon) eine Eigentumsübertragung aufgrund des Softwarekaufs bejaht habe. Das sei nun auch bei anderen digitalen Produkten zu erwarten.

Diese Erwartung teilt der Senat nicht. Der Senat versteht die EuGH-Entscheidung eher dahin, dass, wenn und weil bei Computerprogrammen aufgrund ihrer Spezialität eine „Eigentumsübertragung“ an der Programmkopie erfolge und deshalb eine Erschöpfung des Verbreitungsrechts eintrete, auch ein Anspruch auf eine weitere Vervielfältigung durch ein erneutes Herunterladen von den Servern des Rechteinhabers bestehe. Es knüpft die Erschöpfung an die Eigentumsübertragung, die – nur – bei Computerprogrammen auch in anderer Weise erfolgen könne als durch Übergabe eines körperlichen Vervielfältigungsstücks.

(cc)

Nach alledem ist schon nicht festzustellen, dass die Regelung in § 10 Abs. 3 der

AGB der Beklagten von § 17 Abs. 2 UrhG abwicke. Es ist auch nicht festzustellen, dass sie mit wesentlichen Grundgedanken dieser gesetzlichen Regelung nicht zu vereinbaren sei. § 17 Abs. 2 UrhG steht weder dem Verbot entgegen, die erworbenen Dateien für Dritte zu kopieren noch dem Verbot, sie weiterzuverkaufen. Die Formulierung, der Kunde erwerbe "das einfache, nicht übertragbare Recht, die angebotenen Titel zum ausschließlich persönlichen Gebrauch gemäß Urheberrechtsgesetz in der jeweils angebotenen Art und Weise zu nutzen" ist nicht im Hinblick auf § 17 Abs. 2 UrhG und die dort getroffene Entscheidung zu erinnern.

3.

Der Kläger ist ferner der Ansicht, die Regelung in § 10 Abs. 3 der AGB der Beklagten schränke i.S.v § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB wesentliche Rechte und Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergäben, so ein, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet sei. Gerade der vergleichsweise geringe Preisunterschied begründe für einen Verbraucher eher die Erwartung einer rechtlichen Gleichwertigkeit zwischen heruntergeladener und auf Datenträger verkörpert erworbener Datei. Die Annahmen des Landgerichts unterstelle eine lebensfremde Verbrauchererwartung und -information und bewege sich bei der prinzipiellen Unterstellung eines fehlenden Weiterveräußerungsinteresses bei heruntergeladenen Dateien im Bereich der Spekulation. Insbesondere dürfe der Vertragszweck nicht derart eingeschränkt gesehen werden. Der Erwerber erwarte bei verkörperten Werken das Eigentum an dem Vervielfältigungsgegenstand und werde auch dessen Eigentümer. Bei unverkörpernten Werkkopien, für die er nahezu den gleichen Preis zu zahlen habe, erwarte er zumindest eine eigentümerähnliche Stellung. Ihm diese zu verschaffen, sei der Vertragszweck. Dabei sei § 31 Abs.5 UrhG zu berücksichtigen.

Auch dem vermag der Senat nicht zu folgen. Unabhängig davon, dass gerade beim Erwerb von digitalen Dateien der verschiedenen Typen (Computersoftware, Datenbanken, Multimediadateien) auf den verschiedenen in Betracht kommenden Übertragungswegen (durch Übergabe eines Datenträgers, durch aktives Kopieren auf ein anderes Speicherungsgerät innerhalb von Netzwerken, durch Herunterladen ganzer

Dateien im Internet oder gar, soweit das sinnvoll ist, "gestreamt") die vertragstypologische Einordnung des dem zugrundeliegenden Vertrages ungeachtet der o.a. jüngeren Entscheidungen des BGH und des EuGH zum Spezialfall Computersoftware noch weitgehend ungeklärt sind (zum Meinungsstand z.B. OLG Stuttgart a.a.O., Rn 27 ff) wäre eine Erwartung, die auf eine eigentümerähnliche Stellung an dem Werk gerichtet wäre, jedenfalls nicht schützenswert. Denn eine solche Erwartung ist nicht einmal begründet, soweit Multimedia-Dateien, also auch Hörbücher, in verkörperter Form vertrieben werden. Hier erwirbt der Käufer zwar in Erfüllung eines Kaufvertrags das uneingeschränkte Eigentum am Datenträger, nicht indessen an der darin verkörperten Werkkopie. Das Urheberrecht als solches ist ohnehin nicht verkehrsfähig. Ein Käufer erwirbt das an das Eigentum am Datenträger geknüpfte Recht zur Nutzung des Werks innerhalb der Grenzen des UrhG und mit der Konsequenz, dass ihm wegen § 17 Abs. 2 UrhG das Recht zusteht, das im Datenträger verkörperte Nutzungsrecht mit dessen Übereignung an Dritte weitergeben zu können.

Schon bei dem Erwerb von auf Datenträgern verkörperten digitalen Produkte ist es also zweifelhaft, ob die Möglichkeit der Weitergabe des Nutzungsrechts Vertragszweck oder eher Reflex der der Verkehrssicherheit geschuldeten Erschöpfung des Verbreitungsrechts bei Inverkehrbringen verkörperter Vervielfältigungsstücke ist.

Eine solche Ausgangssituation findet sich hier schon nicht, weil es an der Eigentumsverschaffung an einer Sache fehlt, die weiterzugeben der Ersterwerber erstreben könnte.

Als wesentlich erachtet der Senat indessen, dass dem interessierten Erwerber digitaler Produkte, auf den abzustellen ist, von Anfang an bekannt ist, dass er nur begrenzte Rechte erwirbt. Das bestimmt seine Erwartung und damit auch den Vertragszweck. Bereits das OLG Stuttgart (a.a.O., Rn 38 ff) hat überzeugend dargelegt dass die Erwartungshaltung eines typischen Erwerbers heute von vornherein dahin geht, ein "Produkt" zu bekommen, an dessen Verwendung ihm das Urheberrecht Grenzen setzt, mögen ihm diese im Einzelnen auch nicht geläufig sein. Dafür seien aber die Vertragsbedingungen bestimmt und geeignet, die nicht zu erinnern seien, soweit sie die Rechtslage zutreffend wiedergäben.

Dem tritt der Senat ausdrücklich bei. Gerade bei neueren, in der Entwicklung begriffenen und nicht besonders typisiert geregelten Vertragstypen bedarf es zur Bestim-

mung von Rechten und Pflichten der Vertragsparteien und zur Leistungsbeschreibung vertraglicher Regelungen, die namentlich auch in AGB enthalten sein können. Soweit nicht besondere Erwartungen geschürt werden, kann der Erwerber derartiger digitaler Produkte nicht erwarten, dass ihm weitere Rechte eingeräumt werden, als das UrhG vorsieht. Dass das UrhG bei unverkörpernten digitalen Produkten keine Erschöpfung des Verbreitungsrechts vorsieht und damit nicht über § 17 Abs. 2 UrhG oder dessen analoge Anwendung ein Weiterverbreitungsrecht für den Erwerber begründet, ist im vorstehenden schon dargelegt worden. Durch die Aufmachung der Web-Site der Beklagten oder aufgrund der geringen Preisdifferenz zur verkörperten Werkkopie wird zur Überzeugung des Senats eine darüber hinaus gehende, den Vertragszweck mitbestimmende Erwartung nicht begründet. Die Preisdifferenz mag zwar allein im ersparten Datenträger begründet sein. Das allein führt aber noch nicht zu der Annahme, dass die Nutzbarkeit im Übrigen vergleichbar sei. Der interessierte Verbraucher wird vielmehr seine Entscheidung in erster Linie davon abhängig machen, wo und wie er das Produkt – hier: das Hörbuch – verwenden will, namentlich ob auf der heimischen stationären Musikanlage oder dem dortigen PC oder auf einem mobilen Wiedergabegerät. Dafür eignen sich die unterschiedlichen Werkformen nämlich in unterschiedlicher Weise. Schon deshalb ist zweifelhaft, ob die Möglichkeit zu einer späteren Weitergabe überhaupt für die Entscheidung über die Werkform Bedeutung erlangt. Wer es verschenken will, wird ohnehin zum verkörperten Produkt greifen.

Auch die vom Kläger bemühte Regelung in § 31 Abs. 5 UrhG führt nicht zu einer davon abweichenden Bewertung. Danach bestimmt sich, wenn bei der Einräumung eines Nutzungsrechts die Nutzungsarten nicht ausdrücklich einzeln bezeichnet werden, nach dem von beiden Partnern zugrunde gelegten Vertragszweck, auf welche Nutzungsarten es sich erstreckt. Entsprechendes gilt für die Frage, ob ein Nutzungsrecht eingeräumt wird, ob es sich um ein einfaches oder ausschließliches Nutzungsrecht handelt, wie weit Nutzungsrecht und Verbotsrecht reichen und welchen Einschränkungen das Nutzungsrecht unterliegt.

Der Kläger verkennt, dass § 31 Abs. 5 UrhG, ohnehin nur Auslegungsregel, nicht auf die Erwartungshaltung einer Vertragspartei abstellt, sondern dem Konsens Vorrang einräumt. Nur im Umfang eines solchen feststellbaren Konsenses werden Nut-

zungsrechte übertragen. Im Zweifel verbleiben sie beim Rechteinhaber. Soweit § 10 Abs. 3 der streitigen AGB der Beklagten also (wie hier, s.o.) keine weitergehenden Rechte einräumt, als dies die Bestimmungen des UrhG vorsehen, stehen die AGB mit § 31 Abs. 5 UrhG gerade im Einklang, bestätigt diese Bestimmung die AGB-mäßige Formulierung also eher als dass letztere ihr widersprächen (so auch OLG Stuttgart a.a.O. Rn 43 m.w.N.).

4.

Auch aus anderen Gründen als den in § 307 Abs. 2 beschriebenen Katalogtatbeständen ist die Annahme, § 10 Abs. 3 der AGB der Beklagten führe i.S. der Generalklausel des § 307 Abs. 1 S. 1 BGB zu einer unangemessene treuwidrige Benachteiligung des Verbrauchers, nicht berechtigt. Wie die vorstehenden Ausführungen belegen, entspricht die Beschreibung von Rechten und Pflichten, die mit dem Erwerb der Möglichkeit zum Herunterladen verbunden sind, materiell den Regelungen des Urheberrechts. Soweit Rechte und Pflichten konkret eingeräumt werden bzw. Verbote ausgesprochen werden, ergibt sich das bereits aus der gesetzlichen Systematik. Die Notwendigkeit, die Nutzungsrechte, die das hier angesprochene einfache Nutzungsrecht ausmachen, konkret zu bezeichnen, ergibt sich wiederum aus § 31 Abs. 5 UrhG und dient im Ergebnis den Interessen des Verbrauchers. Deshalb ist § 10 Abs. 3 S. 1 der AGB nicht zu beanstanden. Mangels einer ausdrücklichen Übertragung weiterer Rechte, namentlich eines Rechts zur Weitergabe und zum Weiterverkauf, die mangels Erschöpfung des Verbreitungsrechts von Gesetzes wegen nicht bestehen, sind auch die entsprechenden Verbote in § 10 Abs. 3 S. 1 der AGB nur deklaratorisch und ebenfalls nicht zu beanstanden. Die jeweiligen Regelungen ergänzen einander sinnvoll. Deshalb hält die Klausel auch in der Gesamtbeurteilung einer Inhaltskontrolle stand.

Nach alledem war der Berufung der Erfolg zu versagen.

III.

Die Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 97, 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision gem. § 543 ZPO liegen nicht vor, weil die Sache nicht von grundsätzlicher Bedeutung ist und weder die Fortbildung des Rechts noch die Einheitlichkeit der Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordern.

ist urlaubsabwesend
und an der Unterschrift gehindert.