

**Anmerkung zu LG Marburg, Urteil vom 4. Juli 2007 - Az. 3 KLS 2 Js 12054/01
(veröffentlicht in: ZUM 2007, 878f.)**

Das vorstehende Urteil des Landgerichts Marburg wirft einen Schlagschatten auf die Problematik des Schadensbegriffes bei Softwareverletzungsfällen. Die Richter des Landgerichts Marburg haben sich – wohl zu Recht – daran gestoßen, dass Softwarehersteller beim mehrstufigen Vertrieb Vermögenseinbußen im Zusammenhang mit Handlungen geltend machen, deren schadenstiftender Charakter (zumindest) aus der Sicht des Strafrichters merkwürdig vage bleibt. Die Crux des Schadensnachweises verstärkt sich noch, wenn der Softwarehersteller Verurteilungen wegen Betrugs zu seinen Lasten anstrebt. Der Bundesgerichtshof hat nämlich bereits vor einiger Zeit entschieden, dass derartige Fälle oft nicht als Betrug gegenüber dem Hersteller zu werten sind. Es fehlt an einem strafrechtlich relevanten Schaden. In der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 12. Juni 2004 - 5 StR 155/91 – Rabattbetrug – (NStZ 1991, 488) heißt es dementsprechend: „Wie die Revision und der GBA zutreffend darlegen, hat das LG verkannt, dass die Vereitelung einer Vermögensvermehrung noch zu keinem Vermögensschaden führt“. So dürfte es sich verhalten, wenn der Softwarehersteller mit Vertriebspartnern pauschale Abmachungen trifft, die die Anzahl der Vervielfältigungsstücke ganz dem Belieben des Vertriebspartners überlassen (wie im vorliegenden Fall von der Verteidigung behauptet und vom Hersteller nicht widerlegt), oder wenn der Hersteller solche Volumenkontrakte eingeht, bei denen er mehr als die tatsächlich abgerufenen Vervielfältigungsstücke bezahlt bekommen hat. In beiden Fällen ist der Softwarehersteller u.U. bereits vergütet, wenn es auf der zweiten Vertriebsstufe zum „Entbündeln“ kommt. Zur Schadenshöhe hat der Bundesgerichtshof für eine konkrete, an den wirtschaftlichen Gegebenheiten orientierte Betrachtung entschieden: „Bei der Bewertung [...] kommt es nicht auf die Herstellungskosten, sondern auf den Verkaufspreis an, der auf der betreffenden Umsatzstufe am Markt normalerweise erzielt wird.“ (BGH aaO).

Auch die urheberrechtliche Betrachtung ist problembeladen. Das Landgericht Marburg unterstellt zu Unrecht als gegeben, dass das Trennen von Handbuch und Vervielfältigungsstück (untechnisch als „entbündeln“ bezeichnet) eine Urheberrechtsverletzung darstelle. Das kann so pauschal nicht richtig sein. Der Erwerb von Standardsoftware im Massengeschäft durch den Verkauf von Programmkopien auf Datenträgern stellt sich nach ganz herrschender Meinung als Kombination von Rechtseinräumung und Eigentumserwerb am Vervielfältigungsstück in der Weise dar, dass

der Eigentümer des Vervielfältigungsstücks das Recht zur Nutzung qua Erwerb des Vervielfältigungsstücks erwirbt (gemischter Rechts- und Sachkauf). Praktisch hat das die Auswirkungen: ohne Vervielfältigungsstück erwirbt der Anwender keine Berechtigung zur Nutzung der Software. Durch Kauf eines – vom Vervielfältigungsstück getrennten Handbuchs – erlangt der Anwender mithin keine Rechte. M.E. lässt sich urheberrechtlich die Argumentation, die Verbreitung des abgetrennten Handbuchs ohne Vervielfältigungsstück aber u.U. mit Echtheitszertifikat (Certificate of Authenticity – CoA) stelle eine Vervielfältigung dar, im Hinblick auf die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes nicht halten (vgl. *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, *UrhG*, 2. Aufl., Rz. 7 zu § 97; BGH ZUM 2002, 740 – Elektronischer Pressespiegel). Diese Problematik wird im Urteil des Landgerichts nicht näher beleuchtet. Die reine Anmaßung einer (nicht vorhandenen) urheberrechtlichen Befugnis ohne Eingriff in das Vervielfältigungsstück selbst stellt keine Vervielfältigung dar. Dasselbe wird für die – markenrechtlich allerdings ggfs. problematische - Abtrennung von sog. Recovery Versionen gelten müssen. Ein Eingriff in den Programmcode wird dabei nämlich nicht vorgenommen. Es wird unter Umständen aber über die (intendierte) Natur des Vervielfältigungsstücks Recovery Version getäuscht. Naheliegend ist daher in den Fällen des reinen CoA-Handels (ohne Vermittlung eines Vervielfältigungsstücks, und sei es einer recovery-Version), dass gerade der Endanwender getäuscht und insofern – hinsichtlich der fehlenden Nutzungsberechtigung – auch geschädigt ist. Ein Betrug gegenüber dem Endanwender, der die „entbündelten“ Handbücher erwirbt, ist indes schwerer nachweisbar oder liegt auch nicht vor, weil die Händler naturgemäß ihre Endabnehmer nicht nachweisen oder im Einzelfall Endanwender aufgeführt werden, die als Berechtigte von Volumenlizenzen wohl per CoAs – die dann sozusagen als Zählmarken gelten - Nutzungsberechtigungen erwerben können. Naheliegend ist auch, dass der „Entbundler“ sich an unrechtmäßigen Vervielfältigungshandlungen der Endanwender beteiligen will (vgl. zur Herkunft und dem separaten Vertrieb von CoAs auch Kammergericht, Urteil vom 23.7.2004, Az. 14 U 195/02 KGR Berlin 2005, 47). Aber auch dafür bedarf es der Feststellung der Haupttaten. Ob andererseits an sog. Recovery Versionen – als immerhin vom Rechteinhaber in den Verkehr gebrachten und zur Nutzung autorisierten Vervielfältigungsstücken – Erschöpfung eintritt und sie Nutzungsrechte transportieren, muss als mindestens noch ungeklärt geltend. Vieles spricht dafür, bei derartigen Fallkonstellationen den Endanwender, der die physische (Original-)Kopie in Händen hält, zu schützen und zwar zu Lasten der Partizipationsinteressen des Herstellers an der Zweitverwertung. Dementsprechend hat auch das Oberlandesgericht Frankfurt am Main in seinem Urteil vom 3.11.1998 (ZUM-RD 1999, 182) entschieden: [Nach

dem in § 17 Abs. 2 UrhG geltenden Erschöpfungsgrundsatz] „hängt der urheberrechtliche Verbrauch des Verbreitungsrechts allein davon ab, ob der Rechtsinhaber dem Inverkehrbringen des Werkes durch Veräußerung zugestimmt hat. Auf die Art und Weise der weiteren Nutzung braucht sich die Zustimmung dabei nicht zu erstrecken.“ Der Bundesgerichtshof hat in seinem sog. OEM-Urteil vom 06. 07. 2000 (ZUM 2000, 1079) klar gestellt: „Ist ein Werkstück jedoch einmal mit Zustimmung des Berechtigten im Wege der Veräußerung in Verkehr gebracht worden, kann der weitere Vertrieb vom Berechtigten nicht mehr kontrolliert werden. Denn das Verbreitungsrecht ist nunmehr erschöpft (Hinweis auf BGH ZUM 1986, 678).“ Da der Erstkunde die sog. Recovery Version als Vollversion nutzen kann, wird man dies dem Zweiterwerber nicht verwehren können. Der Bundesgerichtshof hat im Falle des OEM-Bundlings klar ausgesprochen: „Auf die Art und Weise der weiteren Nutzung braucht sich die Zustimmung nicht zu erstrecken. Denn bereits mit der (ersten) durch ihn oder mit seiner Zustimmung erfolgten Veräußerung gibt der Berechtigte die Herrschaft über das Werkexemplar auf; es wird damit für jede Weiterverbreitung frei“ (BGH OEM-Urteil, aaO). In einer Entscheidung des Reichsgerichts vom 16.6.1906 („Koenigs Kursbuch“ RGZ 63, 394) ist dies klassisch ausgesprochen. In dem Fall hatte ein Warenhaus das Kursbuch des Klägers unter dem Ladenpreis von 50 Pf. verkauft, obwohl der Kläger seine Abnehmer verpflichtet hatte, nicht unter dem Ladenpreis von 50 Pf. zu verkaufen. Die Kursbücher enthielten den aufgedruckten Vermerk: „Koenigs Kursbuch darf nicht unter 50 Pf. verkauft werden. Jede Zuwiderhandlung wird verfolgt nach § 826 BGB.“ (RGZ 63, 394, 395). Das Reichsgericht stellt lapidar fest: „Das Recht der gewerbsmäßigen Verbreitung wird ausgeübt dadurch, dass das Werk im Gewerbebetrieb an das Publikum abgesetzt, in den Verkehr gebracht wird. Dazu soll nach dem Gesetz vor dem Urheber (oder Verleger) niemand ohne seine Erlaubnis berechtigt sein. Haben aber Urheber oder Verleger das Werk in Ausübung ihres Rechtes einmal an das Publikum abgesetzt und so in den Verkehr gebracht, so ist ihr Recht erschöpft.“ Der Kläger fordere dagegen ein „ganz exorbitantes Recht“ (RG aaO S. 397), ein „Privilegium“, wie es „sonst für keinen Gewerbetreibenden besteht“ (RG aaO S. 398), wenn er „die Art des Verkehrs mit seinem in den Verkehr gebrachten Produkt anders als durch Vertrag mit seinen Abnehmern und dementsprechend auch nur mit Wirkung gegen diese zu regeln und zu beschränken“ begehre (RG aaO S. 398). Eine Verdinglichung der vertraglichen Rechtsposition des Klägers komme nicht in Betracht (§ 137 BGB), RG aaO S. 399. Liegt Erschöpfung vor, so entsteht dem Endanwender, der dann Nutzungsrechts qua Übertragung eines Vervielfältigungsstücks erwirbt, naturgemäß auch kein Schaden. In solchen Fällen wird daher auch kein Betrug zu Lasten des Endanwenders begangen. Kein

Wunder also, dass sich Strafgerichte oft nicht auf das verminte Gelände des Urheberrechts begeben wollen. All dies geht von der wohl überwiegend geteilten Prämisse aus, dass reine Nutzungsrechte (Lizenzrechte) oft nicht übertragbar gestaltet sind (vgl. ausführlich dazu *Grützmacher*, CR 2007, 549, 552).

Entgegen der Ansicht des Landgerichts ist es aber auch keineswegs ausgemacht, die Frage der Schadenshöhe sei zivilrechtlich bei Lizenzverletzungen im mehrstufigen Vertrieb endgültig geklärt. Zur strafrechtlichen Schadensbetrachtung wird man das oben zitierte Urteil des Bundesgerichtshofs heranziehen müssen, das eine konkrete Betrachtung der Handelsstufe favorisiert. Viel spricht hier dafür auch bei der urheberrechtlichen Bewertung näher an den tatsächlichen Verlauf zu gehen und für den (angemaßten) Großhändler auch die Großhändlerpreise und nicht die Händlereinkaufspreise zu berechnen. *Wild* führt zur Schadensberechnung in der Vertriebspyramide aus (*Wild*, in: Schricker, Urheberrecht, 2. Aufl., Rz. 74 a zu § 97): „Wenn der Verletzer bei der Lizenzanalogie nicht schlechter gestellt sein soll als ein redlicher Lizenznehmer – Ausgleich des Vermögensnachteils, den der Rechtsinhaber erlitten hat (BGH ZUM 1994, 538 – Dia Duplikate) - , muss bei dieser Art der Schadensberechnung – Lizenzanalogie – auch der Grundsatz der Erschöpfung gelten.“ (Differenzierend: *Götz*, GRUR 2001, S. 295ff., S. 298f.). Mit anderen Worten: der Rechteinhaber muss sich unter Umständen an dem Preis festhalten lassen, den er beim erstmaligen Inverkehrbringen erzielt hat oder erzielt hätte (vgl. auch BGH Urteil vom 2.2.1995, Az. I ZR 16/93, GRUR 1995, 349). Nur misslich, wenn hier vorgebracht wurde (und der Softwarehersteller dem nicht wirkungsvoll entgegen treten kann), der Rechteinhaber habe eine pauschale Abgeltung ohne Rücksicht auf die Anzahl der verkauften Produkte bereits erhalten. In solchen Fällen hilft ihm dann nur eine – vom Schadensrecht abgekoppelte – Betrachtung des Verletzergewinns weiter (vgl. *Wild*, in: Schricker, Urheberrecht, 3. Aufl., Rz. 74a ff. zu § 97).

Zusammenfassend lässt sich festhalten: Das Unbehagen einerseits an den rabiaten Methoden mancher „Entbundler“ und andererseits an der rechtsstaatlich oft nicht mehr vertretbaren, massiven Einflussnahme der Softwarehersteller im Strafverfahren sollte nicht dazu verführen, Wertungen Raum zu geben, die bei differenzierter Betrachtungsweise Anlass zu Zweifeln geben oder deren tatsächliche Grundlagen jedenfalls nicht im einzelnen nachweisbar sind. Zu Recht kommt in dem besprochenen Urteil des Landgerichts Marburg diese Skepsis zum Ausdruck. Das Bestreben des Softwareherstellers, seine Vertriebswege und die damit verbundene Aufteilung der Märkte durch Preisdifferenzierung – was der Hardwarekäufer zur Marktsicherung des Monopolisten gegen Mitbewerber oder wegen der

Nachfragemacht der Hardwarehersteller fast umsonst bekommt, soll der Endanwender teuer bezahlen, wenn er es ohne Hardware erwirbt - zu schützen, kann nicht der allein tragende Gesichtspunkt bei der sachgemäßen Entscheidung derartiger Fälle sein.

RA Dr. Alexander H. Stopp, Frankfurt am Main