

Ausfertigung

07. NOV. 2011

Geschäftsnummer:

2 U 49/11

17 O 513/10

Landgericht

Stuttgart



Verkündet am  
03. November 2011

als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

## Oberlandesgericht Stuttgart

2. Zivilsenat

Im Namen des Volkes

Urteil

Im Rechtsstreit

[REDACTED]

- Kläger / Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigter:

g e g e n

[REDACTED]

- Beklagte / Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

wegen Unterlassung

hat der 2. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Stuttgart auf die mündliche Verhandlung vom 06. Oktober 2011 unter Mitwirkung von

Vors. Richter am Oberlandesgericht Ruf  
Richter am Oberlandesgericht Holzer  
Richter am Oberlandesgericht Prof. Dr. Fezer

für **Recht** erkannt:

1. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil der 17. Zivilkammer des Landgerichts Stuttgart vom 14.04.2011 wird

zurückgewiesen.

2. Der Kläger trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
4. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gegenstandswert des Berufungsverfahrens:

5.000,00 €

## Gründe

### I.

Die Berufung des Klägers ist zulässig, sie hat der Sache nach keinen Erfolg.

#### A

Zum einen wird auf die Feststellungen im angefochtenen Urteil Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO; vgl. ferner §§ 313 a Abs. 1 S. 1, 542, 543 i.V.m. § 3 ZPO und § 26 Nr. 8 EGZPO).

Kurz zusammenfassend:

Der Kläger ist ein gemäß § 4 UKlaG gelisteter Verband. Die Beklagte ist ein Telemediendienstunternehmen und stellt unter [REDACTED] die Möglichkeit zur Verfügung, dort abgebildete Produkte, bezüglich deren auf eine Hörbuchkatalogauflage verwiesen wird und welche in einen symbolischen Warenkorb gelegt werden können, entgeltlich herunterzuladen und sich so online eine Kopie der jeweiligen Hörbuchdatei durch Speicherung auf dem eigenen Computer zu erstellen. Dieser Online-Dienst ist von der Beklagten über ein Link unter Allgemeine Geschäftsbedingungen gestellt (K 3 = Bl. 14 bis 15). In ihnen wird u.a. vorgegeben:

#### **§ 8 Urheberrecht, Nutzung**

Unsere Ware sowie alle darin enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt und mit unhörbaren digitalen Wasserzeichen versehen. Jede Verwertung und Weitergabe an Dritte, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen sind, bedürfen unserer vorherigen Zustimmung (gem. §§ 182, 183 BGB). Im Falle der Zuwiderhandlung behalten wir uns rechtliche Schritte vor, es sei denn, dass bei Vertragsschluss ausdrücklich eine anderweitige Vereinbarung erfolgt ist. Der Käufer der im Portal [REDACTED] angebotenen Hörbücher und sonstigen Mediendateien erwirbt lediglich ein Nutzungsrecht, kein Eigentum. Der Weiterverkauf ist untersagt.

Der Kläger sieht im letzten Satz dieser Klausel einen Verstoß gegen § 307 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Nr. 2 und Abs. 2 Nr. 1 BGB, § 17 Abs. 2 UrhG. Denn nach der eigenen Terminologie der Beklagten komme ein Kaufvertrag zwischen ihr und dem jeweiligen Erwerber/Verbraucher zu Stande. Sie vereitle aber durch die angegriffene Klausel zugleich das damit versprochene Leistungsprogramm, nämlich die Übertragung des Kaufgegenstandes zu Eigentum und damit zur freien Verfügbarkeit des Käufers.

So werde der Vertragszweck durch die Klausel gefährdet. Der formularmäßige Regelungsgehalt verstoße auch „gegen die grundlegende Wertung der Regelung in § 17 Abs. 2 UrhG“ (Bl. 8). Diese Vorschrift sei vorliegend zumindest analog anwendbar. Die mit der Erschöpfung einhergehende freie Handelbarkeit der erworbenen Ware wieder durch das Klauselwerk zu unterbinden, sei unangemessen im Sinn des § 307 BGB.

Der Kläger hat beantragt:

[wie zweitinstanzlich erneut].

Die Beklagte hat beantragt:

Die Klage wird abgewiesen.

Sie hat hauptsächlich eingewandt, die Klausel bestimme das Leistungsprogramm unmittelbar mit und sei danach schon, da die Hauptleistung geregelt werde, nicht kontrollfähig. Im Übrigen sei kein Kaufvertrag betroffen, sondern, was dem Kunden nach seinem Vorverständnis und dem nur online abwickelbaren Vorgang auch nicht verborgen bleibe, nur ein solcher auf die Verschaffung einer Lizenz zur beschränkten, näher bestimmten Nutzung der heruntergeladenen Datei. § 17 Abs. 2 UrhG könne schon keine gesetzliche Leitbildfunktion für das vorliegende reine Online-Geschäftsmodell zukommen, weil Erschöpfung nach Rechtsprechung und Literatur und der das Urhebergesetz insoweit bestimmenden Richtlinie 2011/29/EG nur hinsichtlich eines physisch existenten Vervielfältigungsstückes (CD, Video oder Ähnliches) eintrete, nicht aber am Vervielfältigungsrecht an einer nur online zur Nutzung zur Verfügung gestellten Datei.

Dem schloss sich das **Landgericht** im Kern in seiner ausführlichen Begründung an und wies die Klage ab.

Dagegen wendet sich die **Berufung des Klägers**,

der an seinen erstinstanzlichen Wertungen festhält und wie schon im Zuge des erstinstanzlichen Verfahrens den Verstoß schwerpunktmäßig in der Verfehlung der nach den Umständen geweckten, jedoch durch die Klausel konterkarierten Kundenerwartung sieht, „eine gewisse Gleichstellung zwischen ‚Erwerber durch Download und Erwerber eines Werkes auf dauerhaftem Datenträger‘“ (vgl. auch Bl. 210) zu erlangen

mit vollwertigem Eigentum und damit dem Recht sowohl des Weiterverschenkens wie der Weiterveräußerung, aber ebenso dem des Abhörens auch in Anwesenheit von Dritten. § 17 Abs. 2 UrhG gelte zumindest analog, die Art der Datenübertragung sei unerheblich für den Vertragstypus, der hier nach den von der Beklagten gesetzten Umständen auf Kaufvertrag angelegt sei. Auch § 53 UrhG verbiete die umfassende Nutzungsbeschränkung, wie sie in der angegriffenen Klausel geschehen sei. An der Beklagten sei es, die Vertragsgestaltung so zu fassen, dass der versprochene Erfolg auch eintrete; dies sei jedenfalls auch dadurch möglich, dass die Weitergabe an die Pflicht zur gleichzeitigen Löschung der eigenen Datei gekoppelt werde. Im weiteren Zuge der Rechtsmittelinstanz verweist der Kläger auch auf § 31 Abs. 5 UrhG, der als gesetzliches Leitbild das Gebot vorgebe, die vertraglich eingeräumten Nutzungsrechte im Einzelnen zu beschreiben und damit auch die vom Erwerber erlangten Rechtspositionen genau zu bezeichnen.

Der Kläger beantragt:

Die Beklagte wird unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Stuttgart vom 14. April 2011 - 17 O 513/10 - verurteilt, 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 mit Verbrauchern über den Bezug von „Hörbüchern“ einzubeziehen, sowie sich auf die Bestimmungen bei der Abwicklung derartiger Verträge, geschlossen nach dem 1. April 1977, zu berufen:

(§ 8 Urheberrecht, Nutzung)  
Der Käufer der im Portal [REDACTED]  
[REDACTED] angebotenen Hörbücher  
und sonstigen Mediendateien erwirbt lediglich ein Nutzungsrecht,  
kein Eigentum. Der Weiterverkauf ist untersagt.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Landgerichts Stuttgart vom 14.04.2011 (Az. 17 O 513/10) kostenpflichtig zurückzuweisen und das die Klage abweisende landgerichtliche Urteil aufrechtzuerhalten.

Sie verteidigt unter Aufrechterhaltung ihres erstinstanzlichen Vorbringens das landgerichtliche Urteil als richtig und sieht sich durch jüngste Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in ihrer Wertung bestätigt.

Hinsichtlich des weiteren Parteivorbringens wird auf die Schriftsätze sowie die Verhandlungsniederschriften verwiesen (§ 313 Abs. 2 S. 2 ZPO).

B

1.

Die erstinstanzlich aufgeworfene Frage der Zuständigkeit ist zweitinstanzlich im Hinblick auf § 513 Abs. 2 ZPO ohne Belang.

2.

a)

Beim betroffenen Onlinegeschäft der Beklagten erhält der Kunde keine Hörbuch-CD übersandt, sondern nach dem unstreitigen technischen Vorgang das Recht, die Hörbuchdatei der Beklagten herunterzuladen und sie durch Speicherung auf seinem eigenen Computer abrufbar zu halten (Download; vgl. allg. Wiebe in Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 2. Aufl. [2011], § 69 c UrhG, 5).

b)

Die vertragstypologische Einordnung von entgeltlicher Software-Überlassung ist noch keineswegs ausdifferenziert.

aa)

Die Branche entwickelt ständig neue Vertriebsformen, deren Einordnung und rechtliche Behandlung oftmals mehr oder weniger ungeklärt sind. Zu den elektronischen Vertriebsformen von Software, z.B. dem Online-Erwerb von Software oder die Berechtigung, Software im Internet zu vervielfältigen, sind Lösungen erst im Ansatz erkennbar (so Chrocziel in Martinek, Semler/Habermeier/Flohr, Handbuch des Vertriebsrechts, 3. Aufl. [2010], § 47, 4; vgl. hierzu ferner Marly, Praxishandbuch Softwarerecht, 5. Aufl. [2009], 598 f; Weidenkaff in Palandt, BGB, 70. Aufl. [2011], § 433, 9; H. Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 11. Aufl. [2011], Teil 2 [28], 6; Müller-Hengstenberg NJW 2000, 3545, 3546, je m.N. zu Einordnungsversuchen und Unklarheiten hinsichtlich der Vertragstypologie; Schmidt in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 5. Aufl. [2009], Anh. 310, S 215; Marly/Hoeren in Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Softwareverträge [10/96]; 2).

bb)

So hat der BGH ausgeführt, beim Erwerb vorgefertigter, wenn auch komplexer Standardsoftware gegen einmaliges Entgelt zu freier Verfügung liege die Annahme eines Kaufvertrages zumindest nahe (BGH NJW 1988, 406, 407 [dort auf einem körperlichen Träger: Magnetband, Diskette und Ähnliches]). Auch dort hat der BGH die urheberrechtlichen Implikationen benannt und einen gesetzlich nicht näher geregelten Vertrag eigener Art wie einen Know-how- oder Lizenzvertrag erwogen, die dort zu klärende Frage nach dem Gewährleistungsrecht angesichts des auf einem Datenträger verkörperten Programms, dem Vorliegen einer körperlichen Sache als Kaufgegenstand, im Sinne des kaufrechtlichen Gewährleistungsrechtes beantwortet (BGH a.a.O. 408; ebenso BGHZ 143, 307 [juris Tz. 7]; vgl. auch BGH NZM 2007, 379 [Tz. 15]; H. Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen a.a.O. 6; ebenso bei Ermöglichung eines Downloads der Software aus dem Internet: Eckert/Maifeld/Matthiesen, Handbuch des Kaufrechts [2007], Rdn. 282; Grunewald in Erman, BGB, 12. Aufl. [2008], § 433, 12). Bei der Bereitstellung einer auf dem Rechner des Anbieters belassenen Software, die der Nutzer über Datenleitung in ihren Funktionen abrufen konnte, hat der BGH einen Mietvertrag gesehen (BGH NZM 2007, 379 [Tz. 13, 19 und 20]; zeitlich begrenzte Online-Gebrauchsgewährung), wobei er von einer Verkörperung auf Datenträger ausging, gleichgültig, ob die Speicherung auf Diskette, CD, USB-Stick, einer Festplatte oder nur auf einem flüchtigen (stromabhängigen) Speichermedium geschieht. Der Informationsträger ändere nichts an der Sachqualität der verkörperten geistigen Leistung (BGH a.a.O. [Tz. 16]; m. krit. Anm. Müller-Hengstenberg NJW 2000, 3545; für kaufrechtliches Gewährleistungsrecht auch, irrelevant, ob digitales Produkt per Download oder auf Datenträger erworben: Alpmann/Pieper in jurisPK-BGB, 5. Aufl. [2010], § 474, 41; D. Schmidt in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 3. Aufl. [2008], § 453, 20 zum Verkauf von Standardsoftware ohne Datenträger über Internet; wegen § 453 könne die Verbindung der Software mit einem Datenträger dahinstehen: Weidenkaff in Palandt a.a.O. § 433, 9; Schmidt in Wolf/Lindacher/Pfeiffer a.a.O. S. 215; Vertragstypus [ob Kauf-, Lizenz-, Dienst- oder typengemischter Vertrag beim {auch} Herunterladen eines Computerspiels] offen gelassen von Vorinstanz in BGH MMR 2010, 771 [Tz. 16] - *Half-Life 2*). Ob dabei ein urheberrechtlich geschütztes Werk betroffen ist, spielt für die Rechtsnatur des Softwareüberlassungsvertrages keine Rolle. Bei einem geschützten Programm bedürfe es nur zusätzlich der urheberrechtlich erforderlichen

vertraglichen Vereinbarungen, wie der Erlaubnis zur Vervielfältigung, Übersetzung oder Verbreitung gemäß § 69 c UrhG (BGH NZM 2007, 379 [Tz. 17]; Loewenheim in Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, 4. Aufl. [2010], § 69 c, 3). In Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltene Nutzungsbeschränkungen ändern nichts an der rechtlichen Beurteilung (so H. Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen a.a.O. 6).

cc)

Durch die Richtlinie vom 14.05.1991 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen ist eine Rechtsangleichung dahin eingetreten, dass das Urheberrecht als geeignete Schutzform für Software anerkannt wurde. Es ist daher nicht nur der Wunsch des Softwareherstellers und -vertreibers, dem Nutzer Verwendungsbeschränkungen aufzuerlegen, die dazu führen, dass üblicherweise Software in Begleitung einer sog. „Lizenz“ vertrieben wird. Vielmehr ist es diese Besonderheit des Urheberrechtsschutzes in Verbindung mit der Tatsache, dass für Computersoftware dem Kunden Nutzungsrechte eingeräumt werden müssen, um ihm die Nutzung der Software zu ermöglichen, die einen Softwarelizenzvertrag erforderlich machen (so Chroczel a.a.O. § 47, 6). Bei urheberrechtlich geschützter Software müssen dem Anwender als vertragliche Nebenpflicht die urheberrechtsrelevanten Nutzungsrechte eingeräumt werden, die für die Benutzung des Programms notwendig sind (BGH NZM 2007, 379 [Tz. 17]; Marly in Praxishandbuch Softwarerecht a.a.O. 1543).

dd)

Eine Vervielfältigung gemäß § 16 UrhG liegt auch vor beim Downloading auf den eigenen Computer (BGH GRUR 2011, 418 [Tz. 12 bis 13] - *UsedSoft*; m. Anm. Scholz GRUR 2011, 421 f; Wiebe in Spindler/Schuster a.a.O. § 16 UrhG, 4; Loewenheim a.a.O. § 16, 22 und 23; Schulze in Dreier/Schulze, Urhebergesetz, 3. Aufl. [2008], § 16, 13 und 15). Das Vervielfältigungsrecht ist ein Verbotsrecht. Wer ein fremdes Werk vervielfältigen will, muss sich hierfür das Vervielfältigungsrecht vom Rechteinhaber einräumen lassen (Schulze a.a.O. § 16, 18).

ee)

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 *Schriker/Loewenheim* a.a.O. § 17, 5 und 63; Spindler ebenda § 69 c, 26; so wohl auch Scholz GRUR 2011, 421, 422).

ff)

In der von der Beklagten für sich in Bezug genommenen BGH-Entscheidung MMR 2010, 771 - *Half-Life 2* war allerdings nur der Erwerb eines auf einer DVD-ROM verkörperten Computerprogramms, nicht aber der Vorgang einer heruntergeladenen, also unkörperlichen Programmkopie Streitgegenstand (BGH a.a.O. [Tz. 17] - *Half-Life 2*; vgl. auch Anm. Heydn MMR 2010, 773, 774). Allerdings gilt in Bezug auf § 69 c und d UrhG, der den Erschöpfungsgrundsatz bei Computerprogrammen gesondert regelt (Wiebe a.a.O. § 17, 6; Chrocziel a.a.O. § 47, 6; Loewenheim a.a.O. § 69 c, 1 und § 17, 2; Schulze a.a.O. § 17, 29), der Erst-Recht-Schluss für nur online übertragene Audiodaten, da Computerprogramme - anders als eine Hördatei - vielfach oft kopiert werden müssen, um sie in etwa mehrgliedrigen Funktionseinheiten bestimmungsgemäß einsetzen zu können (vgl. hierzu etwa Chrocziel a.a.O. § 47, 6; Marly/Hoeren a.a.O. „Softwareverträge“ 3 und 57; Marly in *Praxishandbuch Softwarerecht* a.a.O. 1549).

3.

Auch unter Beachtung dieser rechtlichen Ausgangspunkte kann eine Unwirksamkeit der beanstandeten Klausel nicht erkannt werden.

Denn die Klausel enthält dem Kunden weder das vor, was er nach dem objektiven Gehalt des Rechtsgeschäftes an Rechtsmacht beanspruchen kann, noch das, was nach den konkreten Umständen des Geschäfts als Leistungsprogramm erwartbar wäre. Auch wenn nur ein Teil der Klausel angegriffen ist, so gibt selbst bei Heranziehung des Kontextes der Gesamtklausel diese die Rechtslage zutreffend wieder, nämlich die gesetzesautomatische Unterworfenheit des Geschäftes unter die Regeln des Urhebergesetzes, die Bündelung der Rechtsmacht beim Urheber, die Zuwachsung von damit zusammenhängenden Rechten an den Erwerber nur bei und im Umfang der konkreten Freigabe, und nicht zuletzt wird eine Kernfrage des Urheberrechts beantwortet und mit einer Klarstellung für den Kunden bezüglich des auch rechtstatsächlich am häufigsten vorkommenden Verstoßes verbunden, dass dieser nämlich nur eingeschränkte Rechte erlange und er keine entgeltliche Weiterverwertung betreiben dürfe. Mit der zutreffenden Darstellung des Grundgerüsts des Urheberrechts und der Benennung einer rechtlichen und wirtschaftlichen Kardinalpflicht des Kunden trifft den Klauselverwender nicht damit die Obliegenheit, nun über alle Strukturen und Facetten

des Urheberrechts aufzuklären. Wer eine berechtigte Kernwarnung ausspricht, handelt sich damit unter dem Anspruch des Transparenzgebotes nicht die Pflicht ein, nun alle Rechte und Pflichten aus dem Geschäft darzustellen.

a)

aa)

Eine formularmäßige Vertragsbestimmung ist unangemessen, wenn der Verwender durch eine einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen. Die Anwendung dieses Maßstabs setzt eine Ermittlung und Abwägung der wechselseitigen Interessen voraus. Die Unangemessenheit ist zu verneinen, wenn die Benachteiligung des Vertragspartners durch höherrangige oder zumindest gleichwertige Interessen des AGB-Verwenders gerechtfertigt ist (BGHZ 175, 102 [Tz. 19]; NJW 2010, 2282 [Tz. 23]). Insbesondere die formularmäßige Aushöhlung von vertraglichen Kardinalpflichten ist unzulässig (Grüneberg in Palandt a.a.O. § 307, 33; Fuchs in Ulmer/Brandner/Hensen a.a.O. § 307 BGB, 197).

bb)

Die Klausel enthält dem Verbraucher nicht das vor, was er aufgrund der objektiven Rechtslage nach dem Typus des geschlossenen Rechtsgeschäftes von seinem Vertragspartner, der Beklagten, beanspruchen kann.

Dabei kann trotz der lang andauernden und noch fortwährenden Abgrenzungsschwierigkeiten von Online-Verschaffungsvorgängen mit dem Kläger vorliegend der Abschluss eines Kaufvertrages unterstellt werden. Denn auch auf dieser Grundlage wird nicht zugleich damit nur wegen des Vertragstypus' ein schrankenloses Verwertungsrecht erworben. Vielmehr bestimmt auch der Vertragsgegenstand selbst zugleich seine Handelbarkeit. Insbesondere der (entgeltlichen) Beschaffung von urheberrechtlich geschützten Werken ist immanent, nämlich vorgegeben durch das Urhebergesetz, dass die weitere Verkehrsfähigkeit des bezogenen Vertragsgegenstandes Schranken unterliegen kann und unterliegt. Dies ist dem Durchschnittsverbraucher auch durchaus geläufig. Auch wer ein Buch kauft, entwickelt zumindest Bedenken, ob er es kopieren und die Kopien beliebig einsetzen darf. In besonderem Maße gilt dies für

heruntergeladene Werkstücke. Der hier vorauszusetzende Verbraucher weiß, dass insoweit Schranken bestehen, dieses Produkt durch Kopien zu verkörperlichen und es so oder im Wege der digitalen Weiterleitung des Werks dieses ohne Geldausgleich im Wirtschaftskreislauf zu verdoppeln. Diese aus dem Vertragsgegenstand sich gesetzlich ergebende Verwertungsschranke und Pflichtigkeit, die dem Verkäufer im Übrigen auch im Ansatz geläufig ist, gibt die angegriffene Klausel genau wieder. Mangels Sachkaufs kann Eigentum nicht entstehen. Mangels Erschöpfung ist ein Weiterverkauf nicht erlaubt.

cc)

Angesichts der Möglichkeiten einer leichten Vervielfältigung von Software und der in der Praxis tatsächlich vielfach vorkommenden unerlaubten Vervielfältigung unter Missachtung des Schutzbedürfnisses des Urhebers hinsichtlich seiner in der Software verkörperten geistigen Leistung wird deshalb - auch losgelöst von Erschöpfungstatbeständen - ein grundsätzlich anzuerkennendes Interesse des Urhebers und der von ihm zur Weiternutzung Autorisierten daran, anerkannt, die Vervielfältigung der Software und eine parallele Mehrfachnutzung in AGBs zu verbieten. Vorformulierte Vervielfältigungs- und Kopierverbote sind daher bei Individual- und Standardsoftwareverträgen wirksam, soweit sie einer bestimmungsgemäßen Nutzung der Software nicht entgegenstehen und dem Anwender nicht auch das Anfertigen einer Sicherungskopie (Archivkopie) untersagen (so H. Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen a.a.O. Teil 2 [28], 15 und 17; Wiebe in Spindler/Schuster a.a.O. § 69 c UrhG, 18; Marly/Hoeren a.a.O. 65, 67 und 68; Marly in Praxishandbuch Softwarerecht a.a.O. 1568; Kiëninger in MünchKomm-BGB, 3. Aufl. [2007], § 307, 80; ferner Chrocziel a.a.O. § 47, 28 f; allg. Schulze in Dreier/Schulze a.a.O. Vor § 31, 14 f; Schricker/Loewenheim a.a.O. Vor § 28, 30 f; a.A. wohl Grüneberg in Palandt a.a.O. § 307, 83). Vorliegend erwirbt der Verbraucher keine Computersoftware, sondern nur eine Hördatei. Insofern gehört es nicht zu deren bestimmungsgemäßer Nutzung, etwa Sicherungskopien anzufertigen.

dd)

Es ist auch nicht zu beanstanden, dass dem „Käufer“ der Weiterverkauf nicht erlaubt wird, falls er zugleich seine Datei löscht, mithin keiner Vervielfältigung zuführt und damit das Wirtschaftsgut Datei handelbar macht (vgl. hierzu BGH a.a.O. [Tz. 30] -

*UsedSoft*; Wiebe a.a.O. § 69 c, 19; H. Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen a.a.O. 17). Angesichts der Kontrollschwäche eines solchen Vorgehens, des grundsätzlichen Verbotsrechts des Rechtsinhabers und seines Rechts, die Lizenzlage unter Wahrung der Kardinalrechte des Erwerbers zu gestalten (vgl. BGH a.a.O. [Tz. 21] - *Half-Life 2*), ergibt sich kein Klauselunwirksamkeitstatbestand daraus, dass die Beklagte eine solche denktheoretische Variante nicht eröffnet hat.

b)

Auch aus der konkreten Fassung der Klausel und der Umstände des rechtsgeschäftlichen Beschaffungsvorgangs ergeben sich keine Wirksamkeitsbedenken.

aa)

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH gilt in Zusammenhang mit Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Grundsatz der objektiven Auslegung. Danach sind diese ausgehend von den Interessen, Vorstellungen und Verständnismöglichkeiten eines rechtlich nicht vorgebildeten Durchschnittskunden einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und rechtlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden (BGH NJW 2008, 2495 [Tz. 19]; 2008, 2172 [Tz. 19] - *Erdgassondervertrag*). Maßgeblich sind dabei nicht Verständnishorizonte von juristischem Fachpersonal, sondern die Bedeutung, welche dem Wort nach dem allgemeinen Sprachgebrauch zukommt (BGH NJW 2010, 989 [Tz. 26]). § 313 Abs. 3 Nr. 3 BGB (Beachtlichkeit von den Vertragsschluss begleitenden Umständen) gilt nur für die Inhaltskontrolle im Individualprozess; im Verbandsprozess gilt der abstrakt-überindividuelle Kontrollmaßstab (Grüneberg in Palandt a.a.O. § 310, 20; vgl. auch BGH NJW 2010, 989 [Tz. 37]). Auch erstreckt sich die Klauselkontrolle im Verbandsverfahren nicht gegen überraschende Klauseln (P. Ulmer/C. Schäfer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 305 c BGB, 5; vgl. Witt ebenda § 1 UKlaG, 16 m.N.).

bb)

Nach dem Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB sind Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen nach Treu und Glauben verpflichtet, Rechte und Pflichten der Vertragspartner möglichst klar und durchschaubar darzustellen. Dazu gehört auch,

dass Allgemeine Geschäftsbedingungen wirtschaftliche Nachteile und Belastungen so weit erkennen lassen, wie dies nach den Umständen gefordert werden kann. Abzustellen ist auf die Erkenntnismöglichkeiten eines durchschnittlichen Vertragspartners (BGH U. v. 03.08.2011 - II ZR 205/09 [Tz. 12]; Z 183, 299 [Tz. 22]). Dieses Gebot gilt auch in Bezug auf Leistungsbeschreibungen und Preisvereinbarungen (BGH WM 2008; 313 [Tz. 12]). Ein solcher Verstoß liegt u.a. vor, wenn eine Formularbestimmung die Rechtslage unzutreffend darstellt und es dem Verwender ermöglicht, begründete Ansprüche unter Hinweis auf die in ihr getroffene Klausel abzuwenden (BGH WM 2010, 1038 [Tz. 19]).

cc)

Nach diesen Grundsätzen sind die Begleitumstände beim Zustandekommen des Geschäfts ohnehin unbeachtlich. Doch selbst unter Einbeziehung des vom Kläger herangezogenen Umstandes, dass nicht nur von „Kauf“ die Rede ist, sondern etwa auch von „Kaufpreis“, „hoerbuch“ oder „Warenkorb“, in den die Bestellung gelegt werden könne, ergibt sich nichts anderes. Wie aufgezeigt, ist die Vertragstypologie in Rechtsprechung und Schrifttum nicht außer Streit. Der angesprochene maßgebliche Verbraucher interessiert sich für feinsinnige rechtliche Abgrenzungen nicht. Er versteht unter Kauf die entgeltliche Verschaffung eines Kaufgegenstandes zum dauerhaften Verbleib. Ihm drängen sich bei einem Onlinegeschäft und dem Onlinebezug geradezu die Fragen nach der Handelbarkeit des erworbenen Gegenstandes auf, zumal auch objektiv - wie aufgezeigt - das Handelsgut auch tatsächlich einer weiteren rechtlichen Bindung unterliegt. Er weiß auch, dass der Begriff „Warenkorb“ nur für eine Einkaufsliste steht und nicht eine eigenständige Verkörperlichung eines Erwerbsstückes herbeiführen soll noch herbeiführt, wenn der Erwerbsvorgang sich nur auf einen virtuellen Bezug und ein virtuelles Halten/Besitzen erstreckt. Durch die - nach dem Kläger - „*kaufrechtliche Terminologie*“ wird dem Erwerber auch kein rechtlicher Mehrwert gegenüber dem objektiv rechtsgeschäftlichen Vorgang vorgetäuscht, er wird demgemäß auch weder ge- noch in seiner angeblich berechtigten Leistungsprogrammerwartung enttäuscht. Ihm wird die mit dem „Kauf“ vermittelte Rechtsmacht zutreffend und klar dargestellt, ebenso in Bezug auf die Untersagung eines Weiterveräußerungsverbots. Daran ändert auch nichts, dass der „Käufer“ nicht zugleich belehrt wird über sein Recht zur erweiternden Nutzung etwa im privaten Bereich, auch zusammen mit Drit-

ten, oder zur Ausleihe seines Computers als Träger der Datei selbst an Dritte wiederum zum privaten Gebrauch. Untersagt ist ausschließlich der Weiterverkauf. Die Klausel verhält sich nicht zur vom Kläger insoweit immer wieder thematisierten Weitergabe oder zu besonderen Nutzungsformen. Eine umfassende, alle Nutzungsmodalitäten einschließende Rechtsaufklärung fordert das Transparenzgebot vorliegend nicht. Wie auch sonst ist es Sache des Käufers, bei Verwertungsakten mit geschützten Werken (etwa Büchern) nicht gegen das Gesetz zu verstoßen und sich insoweit selbst um die Grenzen des Erlaubten zu kümmern (vgl. hierzu BGH GRUR 2009, 864 [Tz. 19 bis 22] - *CAD-Software*). Die vorliegende Information betrifft eine vertragliche Kardinalfrage. Die weiteren Nutzungsfragen stehen mit ihr nicht in so untrennbarem Zusammenhang, dass ihre Nichterwähnung unzulänglich und die erteilte Information selbst wiederum unklar machte.

Davon losgelöst verdeutlicht ein Blick in § 53 UrhG, welche mit dem Transparenzgebot nur schwer vertraglichen Klauselweiterungen verbunden wären, würde man der Folgerung des Klägers beitreten, nun hätte in der Klausel zumindest über die einzelnen Möglichkeiten der Privatnutzung aufgeklärt werden müssen.

c)

Und nicht zuletzt ist auch der vom Kläger im weiteren Zuge des Berufungsverfahrens herangezogene § 31 Abs. 5 UrhG ihm nicht behilflich; diese Norm ist vielmehr ein Argument gegen den Wertungsansatz des Klägers. § 31 Abs. 5 UrhG gibt nicht vor, den Rechte- und Pflichtenkatalog des Erwerbers eines Nutzungsrechtes umfassend darzustellen. Vielmehr dient § 31 Abs. 5 UrhG - worauf die Beklagte bereits zutreffend hingewiesen hat - dem Schutz des Urhebers und stellt die Zweifelsregel auf, dass beim Urheber alle Rechte verbleiben, die nicht ausdrücklich übertragen sind. Denn die in Abs. 5 geregelte Zweckübertragungslehre besagt, dass der Urheber im Zweifel keine weitergehenden Rechte einräumt, als es der Zweck der Verfügung erfordert (OLG München GRUR-RR 2008, 37, 40; OLG Köln NJOZ 2008, 174, 178; Wiebe a.a.O. § 31 UrhG, 10). Der Grundsatz der Zweckübertragung beruht auf dem Leitgedanken einer möglichst weitgehenden Beteiligung des Urhebers an der wirtschaftlichen Verwertung seines Werkes und einer möglichst geringen Aufgabe bzw. Übertragung seiner Ausschließlichkeitsrechte (BGH GRUR 1984, 45 [juris Tz. 139] - *Honorarbedingungen Sendevertrag*; 1996, 121, 122 - *Pauschale Rechtseinräumung*; Schulze in

Dreier/ Schulze, UrhG, 3. Aufl. [2008], § 31, 110; Kotthoff in Dreyer/Kotthoff/Meckel, UrhG, 2. Aufl. [2009], § 31, 131; Schmid/Wirth in Schmid/Wirth/Seifert, UrhG, 2. Aufl. [2009], § 31, 10). Die Norm weist vielmehr dem Rechtserwerber die Obliegenheit zu, die von ihm gewünschten Nutzungsarten im Einzelnen auflisten (Wiebe a.a.O. 14; Kotthoff a.a.O. § 31, 136; Schulze a.a.O. 111; Wandtke/Grunert in Wandtke/Bullinger, UrheberR, 3. Aufl. [2009], § 31, 40). Der Verwerter trägt die Beweislast dafür, dass die konkrete Nutzungsart von der Rechtseinräumung erfasst ist (BGH GRUR 1996, 121, 123 - *Pauschale Rechtseinräumung*; Schulze a.a.O. § 31, 103). Der Erwerber des Werkexemplars verschafft dem Erwerber grundsätzlich kein Nutzungsrecht; denn für den Werkgenuss, etwa das Abhören der CD, benötigt der Erwerber in der Regel keine Rechte am Werk (Schulze a.a.O. § 31, 104). Umgekehrt wird gar erwogen, dass ein Überschreiten des Regelungskerns nach § 31 Abs. 5 UrheberG in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 307 Abs. 1 und Abs. 2 BGB darstellen könne, da § 31 Abs. 5 UrhG ein gesetzlicher Leitbildcharakter zukomme (so Wandtke/Grunert a.a.O. 31; vgl. Kotthoff a.a.O. § 31, 135; ferner Wiebe a.a.O. 15; abl. insoweit BGH a.a.O. [juris Tz. 139] - *Honorarbedingungen Sendervertrag*; Schulze a.a.O. 114) - aber zu Gunsten des Urhebers. Danach schlägt § 31 Abs. 5 UrheberG eher gegen den Kläger aus, als dass er dessen Rechtsposition stärkte.

## ii.

Die Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 97, 708 Nr. 10, 711, 713, 542, 543 i.V.m. § 3 ZPO und § 26 Nr. 8 EGZPO.


Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor. Der Senat folgt ausschließlich höchstrichterlich anerkannten Rechtsgrundsätzen. Die Sachbehandlung erschöpft sich einzig in deren Umsetzung auf den vorliegenden Einzelfall.



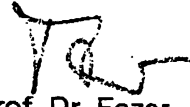
Der Senat folgt auch der Wertbemessung des Landgerichts, welche sich an der Wertvorgabe des Klägers orientiert hat.



Ruf  
Vors. Richter am  
Oberlandesgericht



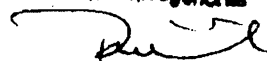
Holzer  
Richter am  
Oberlandesgericht



Prof. Dr. Fezer  
Richter am  
Oberlandesgericht



Ausgestellt - Beglaubigt  
Stuttgart, den -3. Nov. 2011  
Urlandsamter der Geschäftsstelle  
des Oberlandesgerichts



(Friedrich)  
Justizfachangestellte