

dass der Vorrang staatlichen Eingreifens zu beachten ist. Andererseits ist dabei zu berücksichtigen, dass die Rechtfertigung von Notstandeingriffen auch sichern soll, dass fundamentale Werte geschützt werden können, „wo die organisiert-regelhafte Notbekämpfung zu spät käme“. <sup>68</sup> In diesem Spannungsverhältnis wäre es sicherlich verfehlt, wenn Tierrechtsaktivisten von vornherein von der Annahme ausgehen würden, bei den zuständigen Behörden sei keine Hilfe zu erwarten, und die Sache nach Art einer Bürgerwehr selbst

in die Hand nehmen würden; bei beharrlichem Untätigbleiben von Dienststellen wird man jedoch Aktionen, die der Beweissicherung und der Information und Mobilisierung der Öffentlichkeit dienen, als gerechtfertigte Notstandshandlungen ansehen können. De lege ferenda könnte die Etablierung eines Tieranwaltes, der etwa strafprozessuale Rechte für die Tiere als Geschädigte wahrnehmen kann, für die Erzwingung von Ermittlungen und gegebenenfalls der Anklage in Fällen der strafbewehrten Tierquälerei i.S. des 17 TierSchG sorgt, förderlich sein.

68 Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, 2002, S. 104.

## Tagungsbericht

### Verkehrsfähigkeit digitaler Güter

Tagung am 9. Oktober 2015 an der Universität Basel

Die geltende Wirtschafts- und Rechtsordnung basiert auch auf der freien Handelbarkeit von Gütern. Wegen des Erschöpfungsgrundsatzes können Maschinen, Markenprodukte oder Bücher selbst dann frei weiterveräußert werden, wenn in ihnen diverse Immaterialgüterrechte verkörpert sind. Körperliche Gegenstände weichen indes zunehmend nicht-verkörpernten digitalen Inhalten. Die Frage, ob der Grundsatz der Verkehrsfähigkeit hierbei in gleicher Weise Geltung beansprucht, war Gegenstand einer von Professor Dr. *Herbert Zech*, Privatdozent Dr. *Ronny Hauck* und Dr. *Franz Hofmann*, LL.M., organisierten Tagung.

Die ökonomischen Grundlagen der Verkehrsfähigkeit digitaler Güter wurden im Eingangsreferat von Professor Dr. *Wolfgang Kerber* (Philipps-Universität Marburg) beleuchtet. Aus ökonomischer Sicht präsentiere sich der Grundsatz der Erschöpfung als ein Baustein für die optimale Ausgestaltung des Urheberrechtssystems. Durch den Eintritt der Erschöpfung des Verbreitungsrechts des Urhebers werde vor allem Rechtssicherheit geschaffen. Bereits in der analogen Welt stehen bestimmten Vorteilen (zum Beispiel Entstehung effizienter Sekundärmärkte, Senkung von Transaktionskosten) Nachteile (zum Beispiel Verlust an Preisdiskriminierungsmöglichkeiten) gegenüber. Bei digitalen Gütern komme es zu gravierenden Verschiebungen. Namentlich vernachlässigbare Grenzkosten für Kopien, fehlende „Lagerkosten“ und mangelnde Abnutzbarkeit machten „gebrauchte“ digitale Güter zu perfekten Substituten der Waren des Primärmarkts. Es sei daher fraglich, ob zwischen einem Primär- und Sekundärmarkt überhaupt noch unterschieden werden könne. Klar sei auch, dass sich eine Pauschalbetrachtung sowohl hinsichtlich der unterschiedlichen Beschränkungsmöglichkeiten (urheberrechtlicher, technischer und vertraglicher Art) als auch der unterschiedlichen Situationen (zum Beispiel politisch kontroverse, gegebenenfalls vergriffene Werke) verbiete. Womöglich müsse auch zwischen einer kurzfristigen und einer langfristigen Betrachtung unterschieden werden sowie zwischen gewerblichen und nicht-gewerblichen Abnehmern.

Die rechtlichen Grundlagen der Verkehrsfähigkeit digitaler Güter wurden von Professor Dr. *Christian Berger* (Universität Leipzig) und Jun.-Professor Dr. *Katharina de la Durantaye*, LL.M., (Humboldt-Universität zu Berlin) eingeführt. *Berger* betonte, dass die Ablösung der faktischen Übertragung von Gütern durch die Übertragung von Rechten im

Grundsatz erstrebenswert sei. Die Rechtswissenschaft habe mit „Mobilisierungsprozessen“, wie sie derzeit bei digitalen Gütern zu beobachten seien („übertragbare Rechte am Digitalisat“), Erfahrung. Auch Forderungen oder Warenzeichen haben eine „Entfesselung“ erlebt. Andererseits kennt die Rechtsordnung gerade bei „relationalen Rechten“ Grenzen der Verkehrsfähigkeit (vgl. nur § 399 BGB). Bei Immaterialgüterrechten sei zudem häufig ein enger Unternehmensbezug gegeben, was ebenfalls zu Verfügungsbeschränkungen führen könne. *De la Durantaye* lenkte den Blick auf das Immaterialgüterrecht. Sie erinnerte an die Entwicklung des Erschöpfungsgrundsatzes im deutschen Recht durch *Josef Kohler* und gab einen kritischen Überblick zum Stand der Diskussion zur „digitalen Erschöpfung“. Vor allem setzte sie sich mit der Argumentation des *EuGH* in seiner „UsedSoft“-Entscheidung JZ 2013, 37 auseinander. Letztlich diene der Erschöpfungsgrundsatz dazu, die widerstreitenden Interessen von Urhebern und Erwerbern in Ausgleich zu bringen und Konflikte zwischen Eigentum und Urheberrecht sowie freiem Warenverkehr und (territorialem) Urheberrecht zu lösen. Vor diesem Hintergrund sei die Argumentation des *EuGH*, bei aller Kritik an der dogmatischen Konstruktion, durchaus überzeugend.

Ausgehend davon war anschließend die Frage zu beantworten, ob die Übertragbarkeit von Lizenzen eine Alternative bietet, um das Verkehrsbedürfnis mit den Besonderheiten der digitalen Welt zu versöhnen. Professor Dr. *Louis Pablow* (Goethe-Universität Frankfurt am Main) zeigte sich skeptisch gegenüber der Überlegung, Lizenzen als frei handelbare Güter anzusehen. Im Zweifel stehe der Rechtsgedanke aus § 34 Abs. 1 Satz 1 UrhG auch der Übertragbarkeit (einfacher) Marken- oder Patentlizenzen entgegen. Auch die „UsedSoft“-Entscheidung des *EuGH* könne nicht als Grundlage für die Handelbarkeit von Lizenzen begriffen werden. Bereits die Verwendung des Begriffs „Lizenzhandel“ sei unpräzise. Denn die in § 69d UrhG gewährten Mindestnutzungsrechte des Zweiterwerbers seien nicht mit dem ursprünglichen Lizenzvertrag zu verwechseln; der Erwerber erhalte gerade kein „Zutrittsrecht“ in Verträge Dritter. Jun.-Professor Dr. *Maximilian Becker* (Universität Siegen) präsentierte Vorschläge für ein neu gedachtes System der Verwertungsrechte in einem modernen Urheberrecht. Dies sei veranlasst, da es in der digitalen Welt weniger auf das „Haben“ eines Gutes, als auf den „Zugang“ zum Gut ankommt („Werkkonsum“ statt „Werkerwerb“). Statt für die Nutzungsmöglichkeit („Konsumflutrates mit Vorleistungspflicht der Käufer“) werde nur noch für den tatsächlichen Konsum gezahlt, der wiederum durch die Aufmerksamkeitsknappheit der Konsumenten be-

grenzt sei. Angesichts der heute schon zahllosen digitalen Nutzungshandlungen sollte man nicht mechanisch an technische Einzelvorgänge anknüpfen, sondern Nutzungssphären („digitale Lebensbereiche“) wertend abgrenzen, speziell regeln und mit Pauschalvergütungen versehen.

Abschließend wurden Beschränkungen der Verkehrsfähigkeit digitaler Güter durch Verträge und technische Schutzmaßnahmen diskutiert. Professor Dr. *Eva Inés Obergfell* (Humboldt-Universität zu Berlin) untersuchte schwerpunktmäßig die Wirksamkeit rechtsgeschäftlicher Verfügungsbeschränkungen in allgemeinen Geschäftsbedingungen. Die freie Übertragbarkeit digitaler Güter sei dabei kein gesetzliches Leitbild, wofür insbesondere die Urhebervertragsrechtlichen Regelungen sprächen. Davon unberührt bleibt die Frage einer unangemessenen Benachteiligung gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB. Insgesamt sei eine differenzierende Betrachtung angezeigt. Dem praktischen Problem, dass vielfach Weiterveräußerungen technisch schon nicht möglich sind, widmete sich schließlich Jun.-Professor Dr. *Louisa Specht* (Universität zu Köln). Derartige Schutzmechanismen seien urheberrechtlich zwar zulässig, innerhalb vertraglicher Bindungen könne die Anbringung technischer Schutzmaßnahmen jedoch einen Mangel begründen. Dies wäre dann der Fall, wenn eine entsprechende Vereinbarung unwirksam wäre, insbesondere im Rahmen der Klauselkontrolle. Zu beachten seien dabei freilich die Wertungen der §§ 95a ff. UrhG. Jedenfalls im Anwendungsbereich der Software-Richtlinie spricht jedoch einiges dafür, eine technische Einschränkung der Erschöpfungswirkung im Massenverkehr als Mangel im – vor allem – kaufrechtlichen Sinne zu begreifen. Ihnen könne daher jedenfalls durch Sekundäransprüche begegnet werden.

Insgesamt hat die Tagung und haben vor allem die intensiven Diskussionen zu den jeweiligen Vorträgen gezeigt, dass die dogmatische Durchdringung dieses Themas immer noch am Anfang steht. Die ausschließlichsrechtliche und vertragsrechtliche Regelung des Verkehrs mit digitalen Gütern wird in den kommenden Jahren eine zentrale Forschungsaufgabe des Zivilrechts sein. Die Schriftfassungen der Referate werden gesammelt in einem Heft der Zeitschrift für Geistiges Eigentum erscheinen.

Dr. **Franz Hofmann**, LL.M. (Cambridge),  
Ludwig-Maximilians-Universität München

Privatdozent Dr. **Ronny Hauck**, Universität Mannheim

Professor Dr. **Herbert Zech**, Universität Basel

## Glosse

### Leer oder nicht leer, das ist die Frage\*

Sein oder nicht sein – was für eine belanglose Alternative! Müsstest Du, verehrter Hamlet, nicht das sich der Europäischen Union tunlichst entziehende Dänemark<sup>1</sup> verwalten, und wärest Du stattdessen Heizölhändler im B2C-Fernabsatz-

\* Fragesteller: § 312 g Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 BGB in Verbindung mit *BGH*, Urteil v. 17. 6. 2015 – VIII ZR 249/14 (juris) = MDR 2015, 873 = WM 2015, 1588 = ZIP 2015, 1737. – § 312 g Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 BGB besagen: „(1) Dem Verbraucher steht bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen und bei Fernabsatzverträgen ein Widerrufsrecht zu. (2) Das Widerrufsrecht besteht, soweit die Parteien nichts anderes vereinbart haben, nicht bei folgenden Verträgen: ... 4. Verträge zur Lieferung von Waren, wenn diese nach der Lieferung auf Grund ihrer Beschaffenheit untrennbar mit anderen Gütern vermischt wurden.“

<sup>1</sup> Von Dänemark können die Briten noch etwas lernen, wenn es um Distanz zu Europa geht; deshalb ist nur recht und verständlich, dass Du, Hamlet, dem Wunsch von Claudius folgend nach England reist.

geschäft<sup>2</sup> in der Europäischen Union respektive in Deutschland, triebe Dich eine viel wesentlichere Frage um: der Tank – leer oder nicht leer? Über den rechtlichen Unterschied belehrt Dich der *BGH*:<sup>3</sup> Wenn beim Befüllen leer, dann darf der Käufer von Heizöl den im Fernabsatzwege<sup>4</sup> geschlossenen Kaufvertrag noch nach dem Befüllen widerrufen; wenn aber nicht leer, dann nicht mehr.<sup>5</sup> So folgt es aus § 312 g Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 BGB;<sup>6</sup> Heizöl ist eben eine Ware, die nach Lieferung auf Grund ihrer Beschaffenheit untrennbar mit anderen Gütern – hier mit etwa schon im Tank befindlichem Öl – vermischt wird. Also ist klar, verehrter Hamlet: Tank nicht leer, das ist besser für Dich.

Was tun, hätte nun Lenin ein paar Jahrhunderte später gefragt. Das erste Mittel der Wahl ist die Frage: Ist das denn Fernabsatz, wenn Dein altbekannter und sonst den kurzen Weg von seiner Wohnung in Dein Verkaufsbüro nie scheuernde Kunde Guldennestern – Du hast ihn immer schon für tumb-verschlagen gehalten und hättest am liebsten nichts mit ihm zu tun, aber der Kunde ist eben König<sup>7</sup> – ganz ausnahmsweise und bloß dieses eine Mal telefonisch bestellt hat, und zwar nur, um sich an jenem fatalen Regentag keinen Schnupfen zu holen? Telefon ist zwar ein Fernkommunikationsmittel im Sinne des Fernabsatzes.<sup>8</sup> Aber vielleicht wurde der Vertrag ja nicht im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems geschlossen,<sup>9</sup> so hoffst Du, werter Hamlet. Indes vergebens, Du dummer Tropf. Schau mal auf Deine Internetseite; da steht: „Wir begrüßen Sie auf der Internetseite von Hamlet u. Co., Ihrem allzeit bereiten Öllieferanten mit dem fürstlichen Service. Klicken Sie hier, um unser Angebot zu prüfen. Aufträge nehmen wir gern, auch fernmündlich unter der Telefonnummer xyz,

<sup>2</sup> Zur Erläuterung des Business-Jargons: B2C bedeutet ‚business to consumer‘, bezeichnet also den Verbraucherschutz erheischenden Geschäftsverkehr zwischen (typologisch unterstellt, hinterlistig auf seinen Geschäftsvorteil bedachten und folglich üblem) Unternehmer und (ebenso typologisch unterstellt, sowohl blödem als auch gutem) Verbraucher.

<sup>3</sup> *BGH* (Fn. \*), insbes. Rn. 24. – Das Urteil erging zu dem bis zum 13. 6. 2014 geltenden Verbraucherschutzrecht, doch hat sich danach an der Sach- und Rechtslage nichts in vorliegendem Zusammenhang Wesentliches geändert. Die im Folgenden angegebenen Rechtsvorschriften und rechtlichen Bewertungen bezeichnen bzw. betreffen die neue Rechtslage, sofern nicht an gegebener Stelle Gegenteiliges angegeben ist.

<sup>4</sup> Die Definition des damit gemeinten Vertriebsverfahrens findet sich in § 312c Abs. 1 BGB.

<sup>5</sup> Wenn im Verbraucherschutzrecht die Möglichkeit unbeeinträchtigter Rückgewähr des Geleisteten über die Zulässigkeit des Widerrufs entscheidet, ist dies das Gegenteil des vom Rücktrittsrecht 2002 an den Tag gelegten Eifers, den Rücktritt stets unabhängig vom Schicksal des Geleisteten im Empfänger vermögen zuzulassen. Da zur *Aequitas* die gleichartige Behandlung des essentiell Gleichartigen gehört und die Idee der Rechtsstaatlichkeit, als dem Gleichheitssatz verpflichtete *Maxime*, wenigstens im Sinne von ‚guter Praxis‘ Konsistenz bei der Umsetzung einer für richtig gehaltenen Leitidee in alle wesentlich gleichen Sachlagen fordert, kann § 312 g Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 BGB kaum als eine dem Rechtsstaatsgedanken genügende ‚gute Praxis‘ gelten.

<sup>6</sup> Die Vorgängerregelung in § 312d Abs. 4 Nr. 1 BGB a.F. schloss das Widerrufsrecht bei Fernabsatzverträgen aus, wenn diese „... auf Grund ihrer Beschaffenheit nicht für die Rücksendung geeignet sind ...“, wobei diese recht unklare Regelung im Sinne des jetzigen § 312 g Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 BGB dahingehend verstanden wurde und jedenfalls von *BGH* (Fn. \*), Rn. 24 m. w. N. so verstanden wird, dass dies solche Waren betreffe, die ihre Ausgangsbefähigkeit infolge Vermischung nicht mehr mit Sicherheit behielten, wobei der Gesetzgeber dafür gerade den Fall des Heizölkaufs anführte.

<sup>7</sup> Zurückweisung eines Kunden aus Gründen intuitiven oder erfahrungsgestützten Missfallens widerspricht übrigens nicht nur dem Geschäftsinteresse, sondern je nach Sachlage könnte auch nach der rechtlichen Zulässigkeit einer Kundenzurückweisung mit Blick auf das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz zu fragen sein.

<sup>8</sup> So sagt es § 312c Abs. 2 BGB.

<sup>9</sup> Diesen Fall schließt § 312c Abs. 1 BGB definitorisch aus dem Begriff des Fernabsatzvertrags aus.