



Handel mit »gebrauchter« Software

Leitfaden

■ Impressum

- Herausgeber: BITKOM
Bundesverband Informationswirtschaft,
Telekommunikation und neue Medien e. V.
Albrechtstraße 10
10117 Berlin-Mitte
Tel.: 030.27576-0
Fax: 030.27576-400
bitkom@bitkom.org
www.bitkom.org
- Ansprechpartner: Judith Steinbrecher, Tel.: 030.27576-155, j.steinbrecher@bitkom.org
- Redaktion: Judith Steinbrecher (BITKOM), Arbeitskreis Intellectual Property
- Gestaltung / Layout: Design Bureau kokliko / Matthias Winter (BITKOM)
- Titelbild: © maxsim – Fotolia.com
- Copyright: BITKOM 2015

Diese Publikation stellt eine allgemeine unverbindliche Information dar. Die Inhalte spiegeln die Auffassung der Herausgeber zum Zeitpunkt der Veröffentlichung wider. Obwohl die Informationen mit größtmöglicher Sorgfalt erstellt wurden, besteht kein Anspruch auf sachliche Richtigkeit, Vollständigkeit und/oder Aktualität, insbesondere kann diese Publikation nicht den besonderen Umständen des Einzelfalles Rechnung tragen. Eine Verwendung liegt daher in der eigenen Verantwortung des Lesers. Jegliche Haftung wird ausgeschlossen. Alle Rechte, auch der auszugsweisen Vervielfältigung, liegen beim BITKOM.

Handel mit »gebrauchter« Software

Leitfaden

Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung	3
2	Urheberrechtliche Grundsätze	5
3	Umstrittene Rechtsfragen	6
4	Die Entscheidungen des EuGH und des BGH	7
4.1.	Voraussetzungen der Erschöpfung	7
4.2.	Rechtsfolgen	7
4.3.	Einschränkungen	8
4.4.	Umfang des gesetzlichen Nutzungsrechts – bestimmungsgemäße Benutzung	9
4.5.	Beweislastregeln	9
5	Offene Fragen und Ausblick	10
6	Checkliste	12

1 Einleitung

Seit geraumer Zeit wenden sich Händler, Insolvenzverwalter aber auch Unternehmen, die selbst Software nutzen, an die Öffentlichkeit und bieten (ihre) so genannte »gebrauchte« Software bzw. »gebrauchte« Softwarelizenzen an. Dabei handelt es sich vor allem um überschüssige oder ausrangierte Softwareprogramme.

Der Begriff »gebrauchte Software« wird dabei unterschiedlich verwendet. Meist geht es gar nicht um den Weitervertrieb originaler, aber gebrauchter Datenträger, sondern um bloße Nutzungsrechte, die der Rechteinhaber, also der Hersteller der Software bzw. der Lizenzgeber, zunächst einer bestimmten Person oder einem Unternehmen eingeräumt hat und die nun an einen Dritten weiter übertragen werden sollen.

Ausgeschlossen von diesen Geschäften – und damit auch von den nachfolgenden Ausführungen dieses Leitfadens – sind alle Software-Überlassungsmodelle, die auf Grundlage mietrechtlicher Bedingungen erfolgen. Hierunter fallen explizit als Mietverträge bezeichnete Vereinbarungen, aber auch SaaS- (Software as a Service) Angebote und das sich immer weiter verbreitende Cloud-Computing.

Hintergrund der hier beschriebenen Diskussion ist die Frage, ob digitale Güter wie Software genauso behandelt werden müssen wie beispielsweise Autos, die von ihren Eigentümern problemlos weiterverkauft werden dürfen. Abweichend von der Rechtslage bei Autos stellt sich bei der Übertragung von Softwarelizenzen als Besonderheit dar, dass Software urheberrechtlich geschützt ist und daher die Regelungen des Urheberrechts zu beachten sind. Da nicht-gegenständliche, virtuelle Produkte wie Software darüber hinaus ohne Qualitätseinbuße beliebig oft kopiert werden können und besonders anfällig für »Piraterie« – also für Verletzungen des Urheberrechts –

sind, hat der Gesetzgeber spezielle Schutzvorschriften geschaffen (§§ 69a ff. UrhG).

Die Fragen rund um gebrauchte Software gehören zu den umstrittensten Themen des deutschen und europäischen Urheberrechts. Zu einem Präzedenzfall ist in diesem Zusammenhang das seit 2006 laufende und auch heute noch nicht abgeschlossene Gerichtsverfahren des Softwareherstellers Oracle gegen den Gebrauchtsoftwarehändler Usedsoft geworden. Der Bundesgerichtshof (BGH), nach den Instanzgerichten LG München I und OLG München damit befasst, hatte den Fall zunächst dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) in Luxemburg vorgelegt.¹ Auf der Grundlage der EuGH-Entscheidung² hat der BGH³ viele wertende Aussagen getroffen, dennoch den Fall für die Detailfragen an die Vorinstanz zurückverwiesen und den Richtern genaue Vorgaben für ihre erneute Entscheidung mit auf den Weg gegeben. Im Verfahren des Softwareherstellers Adobe gegen den Gebrauchtsoftwarehändler Usedsoft hat er sich erneut mit der Thematik im Kontext von Volumenlizenzen befasst, die Entscheidungsgründe des BGH lagen aber bei Redaktionsschluss zu diesem Leitfaden noch nicht vor.⁴

Aufgrund von Schwierigkeiten bei der rechtlichen Einordnung des Gebrauchthandels und der Verunsicherung bei Kunden hält es BITKOM für sinnvoll, die zum jetzigen Zeitpunkt vorliegende Rechtsprechung zu analysieren und über den Gebrauchtsoftwarehandel und dessen rechtliche Einordnung zu informieren. Mittlerweile unstrittige bzw. höchstrichterlich entschiedene Fragen sollen verdeutlicht und beantwortet werden, aber gleichzeitig soll auch ein Überblick über die noch strittigen bzw. ungeklärten Fragen geschaffen werden.

¹ BGH, I ZR 129/08 »Usedsoft I«, Beschluss vom 03.02.2011.

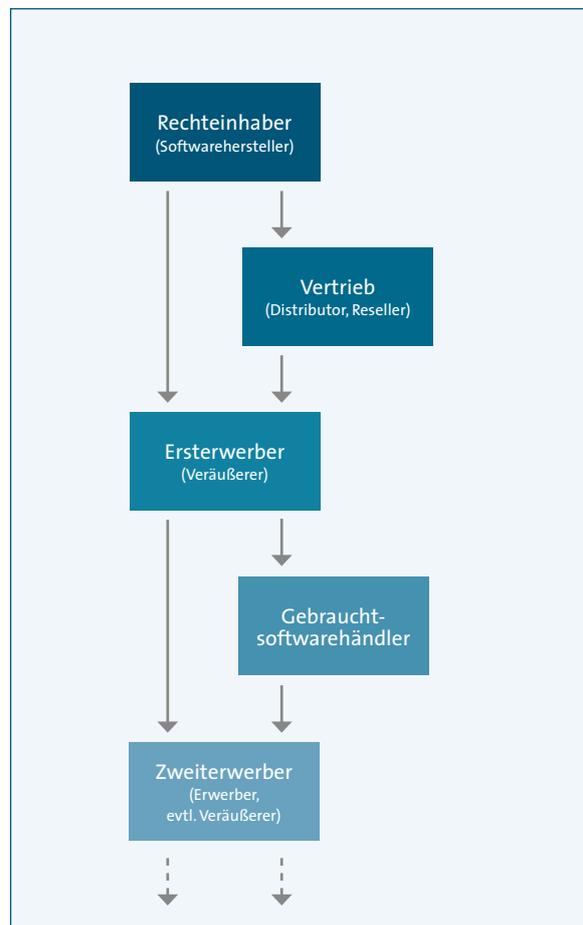
² EuGH, C-128/11, Urteil vom 03.07.2012.

³ BGH, I ZR 129/08 »Usedsoft II«, Urteil vom 17.07.2013.

⁴ BGH, I ZR 8/13, Urteil vom 11.12.2014.

Gängige Szenarien der Softwareübertragung sind einerseits die klassische Übergabe eines Datenträgers mit Software. Andererseits geschieht dies durch die bloße Einräumung des Rechts, die Software für eine bestimmte Anzahl von Arbeitsplätzen zu nutzen, in der Regel durch Übergabe eines Lizenzzertifikats, einer Seriennummer oder eines Echtheitszertifikats. Die Software stellt der Rechteinhaber selbst (Direktvertrieb) oder durch ihn eingesetzte Vertriebskanäle (z. B. Distributoren, Reseller etc.) zum Download bereit. Die klassische Kopie auf physischen Datenträgern tritt dabei immer stärker in den Hintergrund, weil aufgrund schneller werdender Onlineverbindungen mittlerweile auch komplexe Softwaresysteme als Download über das Internet vertrieben und heruntergeladen werden können.

Zur Begrifflichkeit sei hier angemerkt, dass mit »Rechteinhaber« in diesem Leitfaden der Software-Hersteller proprietärer Software gemeint ist. Als »Ersterwerber« wird nachfolgend der erste Lizenznehmer und damit erste Nutzer der Software bezeichnet. Dieser kann die Software unmittelbar von dem Rechteinhaber oder über dessen Vertriebskanäle erhalten haben. Die anschließende Weiterübertragung kann wiederum unmittelbar durch den Ersterwerber erfolgen oder durch ein im Folgenden als »Gebrauchtsoftwarehändler« bezeichnetes Unternehmen vermittelt werden. Als »Zweiterwerber« gelten in diesem Leitfaden all diejenigen, die auf eine der dargestellten Weisen die Software vom Ersterwerber erhalten haben und sich auf ein Nutzungsrecht berufen. Da auch Zweiterwerber Software erneut weiterveräußern und sich Übertragungsketten bilden können, werden nachfolgend auch alle sonstigen Übertragenden »Veräußerer« und alle sonstigen Empfangenden »Erwerber« genannt.



Szenarien der Lizenzierung beim Handel mit gebrauchter Software mit der in diesem Leitfaden angewandten Terminologie.

2 Urheberrechtliche Grundsätze

Unabhängig von der konkreten Streitfrage beim Handel mit gebrauchter Software gibt es einige urheberrechtliche Grundsätze, die von allen Beteiligten – insbesondere Rechteinhabern und Kunden – im Zusammenhang mit Softwarelizenzen zu beachten sind:

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass für die rechtmäßige Nutzung von Software unterschiedliche Voraussetzungen gelten als für die Nutzung anderer urheberrechtlich geschützter Werke wie etwa Bücher oder Musiktitel. Computerprogramme können nur dadurch genutzt werden, dass sie auf der Festplatte eines Computers installiert und beim Programmstart oder bei Verwendung des Computerprogramms in den Arbeitsspeicher (»RAM«) eines Computers geladen werden. Entscheidend ist, dass es sowohl beim Installieren als auch beim Laden in den Arbeitsspeicher zu einer Vervielfältigung des Computerprogramms kommt. Und dafür bedarf es der Einräumung eines urheberrechtlichen Nutzungsrechtes durch den Rechteinhaber, d.h. einer Lizenz.

Die Weiterübertragung aller urheberrechtlichen Nutzungsrechte, einschließlich der Vervielfältigung von dem ursprünglichen Nutzer auf einen Dritten nach § 34 Abs. 1 Urheberrechtsgesetz (UrhG), ist grundsätzlich nur mit Zustimmung des Rechteinhabers möglich. Kurz zusammengefasst: Ohne Erlaubnis des Rechteinhabers keine Weiterübertragung von Lizenzen.

Bei der Weiterübertragung ist jedoch stets zwischen der Weiterübertragung von Lizenzen (also bloßen Nutzungsrechten) einerseits und der Weitergabe von Datenträgern (mit dem nutzbaren Objektcode der Software) andererseits zu differenzieren. Die Weiterverbreitung eines Datenträgers kann ein Lizenzgeber dann nicht untersagen, wenn dieser zuvor von dem Urheber selbst oder mit seiner Zustimmung innerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums in Verkehr gebracht worden ist (§ 69c Nr. 3 Satz 2 UrhG). Man spricht davon, dass sich die Rechte des Urhebers erschöpft haben. Dieses sog. Prinzip der Erschöpfung gilt seinem Wortlaut nach nur für das Recht,

ein »Vervielfältigungsstück«, also eine physische Kopie der Software, weiter zu verbreiten. Nicht im Wortlaut erwähnt wird hingegen das Recht, die Software im Wege der Installation und des Ladens in den Arbeitsspeicher zu vervielfältigen. Ein solches Vervielfältigungsrecht benötigt aber jeder Anwender für die Installation und Nutzung der Software.

Allerdings ist es einem Nutzer unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt, die Software auch ohne vertragliches Vervielfältigungsrecht zu installieren. Das ist das in § 69d Abs. 1 UrhG geregelte gesetzliche Nutzungsrecht (dazu siehe unten Ziffer 4.4).

Schließlich gilt noch der Grundsatz, dass jeder, der fremde, urheberrechtlich geschützte Werke nutzt, beweisen können muss, dass die Erlaubnis des Rechteinhabers zu dieser Nutzung bzw. die Voraussetzungen des § 69d Abs. 1 UrhG vorliegen (zur Beweislastverteilung siehe auch unten Ziffer 4.5).

3 Umstrittene Rechtsfragen

Die juristischen Diskussionen – ausgelöst vor allem durch die technologischen Weiterentwicklungen – kreisen um folgende Fragen, die nur zum Teil von den höchsten deutschen und europäischen Gerichten geklärt wurden:

- Tritt die Erschöpfung des Verbreitungsrechts auch ein, wenn die Software ursprünglich per Download vertrieben wurde?
- Kann der Rechteinhaber die Weiterübertragung des Vervielfältigungsrechts auf Grundlage des Zustimmungserfordernisses aus § 34 Abs. 1 UrhG in Lizenzverträgen untersagen oder beschränken?
- Wenn die Übertragung der Nutzungsrechte in dem Lizenzvertrag ausdrücklich ausgeschlossen war, erlangt der Zweiterwerber an der ihm übertragenen Kopie zumindest ein gesetzliches Nutzungsrecht nach § 69d Abs. 1 UrhG?
- Ist es erforderlich, dass der Ersterwerber oder der Gebrauchtsoftwarehändler einem Zweiterwerber eine Kopie der Software übergibt, oder reicht es aus, wenn der Zweiterwerber die Möglichkeit hat, die Software per Download von der Homepage des Rechteinhabers herunterzuladen?
- Dürfen Volumenlizenzen aufgespalten und in Teilen übertragen werden?
- Darf der Umfang der Nutzung einer bereits beim Zweiterwerber vorhandenen Software auf der Grundlage des zusätzlichen Erwerbs von gebrauchten Lizenzen erweitert werden? (»Aufstockung der Lizenzen für eine bereits existierende Kopie«)?
- Muss der Kunde jederzeit die gesamte Lizenzkette bis zum Urheber nachweisen können?
- Können die Voraussetzungen der Erschöpfung und damit der Berechtigung zur Nutzung der gebrauchten Software durch ein Notartestament nachgewiesen werden?

4 Die Entscheidungen des EuGH und des BGH

Ein erstes Urteil fälltte 2012 der EuGH⁵, als er einige bis dahin offene Fragen des Handels mit gebrauchten Softwarelizenzen beantwortete. Der BGH nahm im Anschluss die Entscheidung des EuGH zum Anlass, das Berufungsurteil des OLG München in Sachen *Oracle vs. Usedsoft*⁶ aufzuheben und den Fall zur erneuten Verhandlung zurückzuverweisen.⁷ Auch in Sachen *Adobe vs. Usedsoft*⁸ hat der BGH auf Basis der Entscheidung des EuGH sein Urteil gefällt. Demnach ist derzeit bei der Bewertung rechtlicher Fragen im Zusammenhang mit gebrauchter Software von folgenden Prämissen auszugehen:

Die verschiedenen Vertriebsarten von Software auf Datenträgern oder per Download seien, so die Gerichte, wirtschaftlich vergleichbar. Daher erschöpft sich das Verbreitungsrecht des Lizenzgebers, unabhängig davon, wie der Rechteinhaber die Software ursprünglich vertrieben hat – allerdings nur unter bestimmten, nachfolgend näher erläuterten Voraussetzungen. Liegen diese Voraussetzungen vor, ist der Zweiterwerber der gebrauchten Lizenzen gem. § 69d Abs. 1 UrhG zur bestimmungsgemäßen Nutzung des Programms berechtigt; er kann sich auf ein gesetzliches Nutzungsrecht berufen. Was als bestimmungsgemäße Nutzung anzusehen ist, richtet sich nach dem Lizenzvertrag zwischen dem Rechteinhaber und dem Ersterwerber.

■ 4.1 Voraussetzungen der Erschöpfung

Erschöpfung tritt nach den Vorgaben des BGH unter folgenden engen Voraussetzungen ein:

- Zeitlich unbefristete Lizenz: Der Rechteinhaber muss dem Ersterwerber das Recht eingeräumt haben, die Software ohne zeitliche Begrenzung, also im Rahmen

eines unbefristeten Nutzungsrechts zu verwenden. Gemietete Software darf damit nicht weitergegeben werden.

- Zahlung einer angemessenen Lizenzgebühr: Der Rechteinhaber muss seine Lizenz gegen Zahlung eines Entgelts erteilt haben, das es ihm ermöglichen soll, eine dem wirtschaftlichen Wert der Kopie seines Werkes entsprechende Vergütung zu erzielen. Dabei ist irrelevant, ob eine solche Vergütung tatsächlich erzielt worden ist. Vielmehr sei es, so der BGH, ausreichend, dass der Rechteinhaber hierzu bei der erstmaligen Gewährung der betreffenden Lizenz die Möglichkeit hatte.
- Unbrauchbarmachung aller Kopien in der Vertriebskette: Erschöpfung kann nur eintreten, wenn der Ersterwerber/Veräußerer sowie ggf. der Gebrauchtsoftwarehändler die eigene(n) Kopie(n) zum Zeitpunkt des Weiterverkaufs unbrauchbar gemacht haben. Verbesserungen und Aktualisierungen der Software, die zum Zeitpunkt der Weitergabe in der/den weitergegebenen Kopien verkörpert waren, müssen von einem wirksamen zwischen dem Ersterwerber oder dem Gebrauchtsoftwarehändler und dem Rechteinhaber abgeschlossenen Wartungsvertrag abgedeckt gewesen sein. Sowohl der Ersterwerber oder Gebrauchtsoftwarehändler als auch der Zweiterwerber müssen beweisen, dass die hier genannten Voraussetzungen vorliegen (siehe dazu unten Ziffer 4.5).

■ 4.2 Rechtsfolgen

Sind die genannten Voraussetzungen erfüllt, liegt eine zulässige Weiterübertragung der Softwarekopie vor. Der

⁵ EuGH, C-128/11, Urteil vom 03.07.2012.

⁶ OLG München, 6 U 2759/07, Urteil vom 3.7.2008.

⁷ BGH, I ZR 129/08 »Usedsoft II«, Urteil vom 17.07.2013.

⁸ BGH, I ZR 8/13, Urteil vom 11.12.2014.

Zweiterwerber einer solchen »erschöpften« Programmkopie ist dann auf Basis seines gesetzlichen Nutzungsrechts aus § 69d Abs. 1 UrhG zur bestimmungsgemäßen Nutzung (siehe dazu unter Ziffer 4.4) berechtigt.

Nach der Rechtsprechung ist es nicht erforderlich, dass der Zweiterwerber exakt die Programmkopie erhält, die der Rechteinhaber ursprünglich in den Verkehr gebracht hat bzw. die der Ersterwerber heruntergeladen hat. Der Zweiterwerber kann sich seine eigene Kopie also auch von der Homepage des Rechteinhabers herunterladen, um diese Kopie dann entsprechend der gesetzlichen Lizenz zu nutzen. Vorsicht ist allerdings geboten, wenn diese gegenüber der Programmkopie, die der Rechteinhaber ursprünglich in den Verkehr gebracht hat bzw. die der Ersterwerber heruntergeladen hat, Verbesserungen und/oder Aktualisierungen enthält (siehe dazu oben unter Ziffer 4.1. letzter Absatz).

■ 4.3 Einschränkungen

Trotz der beschriebenen grundsätzlichen Ermöglichung des Gebrauchtssoftwarehandels stellt die Rechtsprechung zugleich mehrere Einschränkungen auf.

Der BGH betont, dass das in den Lizenzbedingungen vieler Rechteinhaber enthaltene Übertragungsverbot nicht pauschal unwirksam ist. Besteht für die gebrauchte Software eine wirksame Beschränkung, kann der ursprüngliche Lizenznehmer seine vertraglichen Nutzungsrechte nicht auf seinen Kunden übertragen. Dieser erwirbt seinerseits keine vertragliche Berechtigung zur Nutzung, sondern nur ein gesetzliches Nutzungsrecht zum, so der BGH, »bestimmungsgemäßen Gebrauch«⁹. Wie weit dieser bestimmungsgemäße Gebrauch auszulegen ist, ist im Einzelfall mit Blick in den Lizenzvertrag zu klären, d.h. für den zweiten/folgenden Erwerber ist insoweit der bisherige Lizenzvertrag und ggf. vereinbarte einzelvertragliche Beschränkungen wichtig (siehe dazu unten Ziffer 4.4).

Aus der Pflicht, die eigene Kopie beim Weiterverkauf unbrauchbar zu machen, ergibt sich für Client-Server-Architekturen, dass der Ersterwerber oder Gebrauchtssoftwarehändler eine von ihm für eine bestimmte Anzahl von Nutzern erworbene Nutzungsberechtigung nicht aufspalten und in Teilpaketen verkaufen darf (so genannte »Aufspaltung«). Client-Server-Zugriffslizenzen dürfen also entweder nur ganz oder gar nicht weiterveräußert werden. Denn im Fall einer solchen Aufspaltung kommt es im Hinblick auf die ursprüngliche untrennbare Verbindung von in Verkehr gebrachter Programmkopie und diesbezüglichen Lizenzen zu einer nicht gestatteten Vervielfältigung der von der Erschöpfung umfassten Programmkopie. Ebenso wenig darf der zweite/folgende Erwerber

- a) isoliert weitere gebrauchte Lizenzen für zusätzliche Nutzer erwerben und damit eine bei ihm schon vorhandene, eigene Programmkopie auf einer entsprechend größeren Anzahl von Arbeitsplätzen nutzen, oder
- b) Lizenzen zusammen mit der ursprünglichen bzw. neu heruntergeladenen (also erschöpften) Programmkopie erwerben, die Nutzer dieser Lizenzen dann jedoch nicht etwa diese Programmkopie, sondern eine beim zweiten/folgenden Erwerber zum Zeitpunkt des Erwerbs bereits vorhandenen Programmkopie nutzen lassen (so genannte »Lizenzaufstockung«).

Denn in beiden Fällen kommt es zu einer nicht gestatteten Ablösung der gesetzlichen Nutzungsberechtigung (Lizenz) von der Programmkopie. Sowohl der EuGH als auch der BGH sehen ein entsprechendes Nutzungsrecht als untrennbar mit der »erschöpften Kopie« des Softwareprogrammes verbunden, was bei der genannten Konstellation nicht gegeben ist.

⁹ BGH, I ZR 129/08 »Usedsoft II«, Urteil vom 17.07.2013, Rz. 43.

■ 4.4 Umfang des gesetzlichen Nutzungsrechts – bestimmungsgemäße Benutzung

Die Berechtigung des Zweiterwerbers ergibt sich nach der Rechtsprechung des BGH unmittelbar aus den gesetzlichen Rechten des § 69d Abs. 1 UrhG, also dem Recht zur Vornahme von Handlungen, die zur bestimmungsgemäßen Benutzung erforderlich sind, und ausdrücklich nicht aus einer übergegangenen vertraglichen Berechtigung. Nach der Konstruktion des BGH definieren sich die gesetzlichen Nutzungsrechte des Zweiterwerbers aber dennoch nach dem zwischen dem Rechteinhaber und dem Ersterwerber geschlossenen Lizenzvertrag. Anders ausgedrückt: Die Bestimmung des § 69d Abs. 1 UrhG fingiert auf gesetzlichem Wege in der Person des Zweiterwerbers genau diejenigen Nutzungsrechte, die dem Ersterwerber im Lizenzvertrag eingeräumt wurden. So wirkt zum Beispiel eine Beschränkung der Anzahl der Nutzer (z. B. 25 gleichzeitige Nutzer) für den Zweiterwerber fort.

Allerdings: Vertraglich nicht ausgeschlossen werden dürfen die zum Kernbereich von § 69d Abs. 1 UrhG gehörenden Rechte, etwa die für das Laden und den Ablauf des Programms notwendigen Nutzungshandlungen.

■ 4.5 Beweislastregeln

Um die Missbrauchsgefahr zu verringern, erlegt der BGH sowohl dem Ersterwerber oder dem Gebrauchtssoftwarehändler als auch dem Zweiterwerber umfangreiche Beweispflichten auf. Derjenige, der sich auf die Erschöpfung beruft, muss sämtliche Bedingungen der Erschöpfung nachweisen, d.h.

- den entgeltlichen Erwerb
- eines zeitlich unbeschränkten Nutzungsrechts,
- die Unbrauchbarmachung der Kopie des Ersterwerbers und aller möglichen Zwischenerwerber sowie
- den Umfang der ursprünglichen Nutzungsrechte.

Einen solchen Nachweis zu erbringen, kann im konkreten Einzelfall mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden sein. Denn je öfter die Lizenzen schon übertragen wurden, desto aufwendiger ist es, diese Bedingungen für die gesamte Lizenzkette nachzuweisen. Allen Interessenten von gebrauchten Lizenzen ist zu empfehlen, sich den ursprünglichen Lizenzvertrag vorlegen zu lassen. Nur so kann überprüft werden, ob eine tatsächlich existierende Lizenz und nicht lediglich ein »Scheinrecht« verkauft wird. Auch ergibt sich nur aus dem Lizenzvertrag, in welchem Umfang die Erwerber zur Nutzung berechtigt sind (vergleiche Ziffer 4.4). Hier kann nur geraten werden, etwaige Unklarheiten vor dem Erwerb von gebrauchten Lizenzen – ggf. unter Einbindung des Rechteinhabers – zu klären.

Die insbesondere von Gebrauchtssoftwarehändlern verwendeten Notartestate, die diese Nachweise erbringen sollen, hat der BGH in der von ihm geprüften Ausfertigung ausdrücklich nicht als ausreichend erachtet.

Dementsprechend sind darüber hinausgehende Maßnahmen erforderlich, um das Risiko eines Lizenzverstößes zu vermeiden. Dieser kann sich daraus ergeben, dass der Ersterwerber oder der Gebrauchtssoftwarehändler im Rahmen der Übertragung falsche Angaben gemacht oder ein sonstiger Veräußerer die Herkunft der Programmkopie nicht zweifelsfrei geklärt hat. Risikominimierend kann es deshalb sein, sich vom Veräußerer die Namen aller Vorerwerber geben und sich von diesen die Unbrauchbarmachung sämtlicher Kopien der Software zusichern zu lassen. Dabei sollte auch die mögliche Archivierung von Daten und deren gelegentliche Wiederaufbereitung mittels einer dazu benötigten Programmkopie berücksichtigt werden.

Um einen potenziellen finanziellen Schaden zu reduzieren, bietet es sich an, Freistellungserklärungen hinsichtlich der Ansprüche des Rechteinhabers sowohl vom Ersterwerber als auch vom Gebrauchtssoftwarehändler zu verlangen.

5 Offene Fragen und Ausblick

Trotz umfangreicher Urteilsbegründungen bleiben zahlreiche Fragen weiterhin ungeklärt, da es sich um Einzelfallentscheidungen handelt, die auf einem bestimmten Geschäftsmodell basieren. Möglicherweise bringen die noch ausstehenden Entscheidungsgründe im Adobe-Fall mehr Klarheit. Auch ist damit zu rechnen, dass auch zukünftig gerichtliche Auseinandersetzungen drohen, die auf anderen Geschäftsmodellen und Lizenzbedingungen basieren. Offene Themen sind insbesondere:

- Gilt das Aufspaltungsverbot für alle Arten von Volumenlizenzen?

Sowohl in dem EuGH- als auch in dem BGH-Verfahren von Oracle ging es ausdrücklich nur um Client-Server-Lizenzen. Diese dürfen, wie oben dargelegt (siehe unter Ziffer 4.3), nicht aufgespalten werden. Die Frage, inwieweit dies für alle Arten von Volumenzulizenzen bzw. Lizenzpaketen gilt, bei denen der Nutzer per Lizenzvertrag das Recht erwirbt, ein bestimmtes Softwareprogramm auf mehreren PCs zu installieren, ist auch weiterhin in Rechtsprechung und juristischer Literatur äußerst umstritten. Klarheit werden ggf. erst die Entscheidungsgründe des BGH im Adobe-Fall bringen, bei dem es um so genannte Volumenlizenzen ging.

- Wie wirken sich Nutzungsbeschränkungen aus?

Da die Bestimmungen des Lizenzvertrages zwischen dem Rechteinhaber und dem Ersterwerber wirksam bleiben, stellt sich die Frage, welche Bestimmungen auch Auswirkungen auf den Zweiterwerber haben. Für Übertragungsverbote gilt, dass diese nicht verhindern, dass sich der Zweiterwerber auf ein gesetzliches Nutzungsrecht berufen kann. Weithin ungeklärt ist aber die Wirkung von anderen Verwendungsbeschränkungen in den Lizenzverträgen (z. B. Named-User-, Concurrent-User). Gute Gründe sprechen dafür, dass auch die Erwerber der gebrauchten Lizenzen hieran gebunden sind. Damit besteht bis zu weiteren

höchstinstanzlichen Gerichtsentscheidungen eine gewisse Rechtsunsicherheit. Auch hier bringen die Entscheidungsgründe des BGH im Adobe-Fall aber möglicherweise Klarheit. Dort ging es um Academic- bzw. Education-Lizenzen. Unternehmen oder Endnutzer, die sich für den Erwerb und/oder die Nutzung »gebrauchter« Softwarelizenzen interessieren, ist somit in jedem Fall zu empfehlen, sich den ursprünglichen Lizenzvertrag vorlegen zu lassen und diesen im Hinblick auf etwaige Verwendungsbeschränkungen zu überprüfen, oder sich zumindest vom Ersterwerber oder Gebrauchtsoftwarehändler bescheinigen zu lassen, dass keine derartigen Beschränkungen bestehen und wenn doch, sich aufzeigen zu lassen, welche Beschränkungen der ursprüngliche Lizenzvertrag enthält. Diese Beschränkungen sollten dann auch sicherheitshalber eingehalten werden. Wenn also z. B. ursprünglich bei einer Client-Server-Software eine Named-User-Lizenz für 50 Nutzer eingeräumt wurde, sollte der Zweiterwerber die Lizenz ebenfalls nur von maximal 50 bestimmten, namentlich erfassten Nutzern nutzen lassen und nicht etwa von mehr als 50, auch nicht mit der Maßgabe, dass immer nur 50 Nutzer gleichzeitig nutzen können. Letzteres würde einer Concurrent-User-Lizenz entsprechen, die in dem geschilderten Fall nicht eingeräumt wurde.

- Werden Wartungsverträge automatisch mit übertragen?

Der Wartungsvertrag spielt zwar zwischen dem Rechteinhaber und dem Ersterwerber insofern eine Rolle, als dass sich die Erschöpfung jeweils auf alle reparierten und aktualisierten Versionen bezieht, die (noch) im Rahmen des Wartungsvertrags verbessert, verändert oder ergänzt wurden. Der Zweiterwerber erhält also das Recht, die im Zeitpunkt der Weiterveräußerung aktuelle, verbesserte Version zu nutzen. Nur eine derartige Version wird in der Regel auch auf dem Server des Rechteinhabers abrufbar sein.

Aber der Wartungsvertrag geht nicht auf den Zweiterwerber über; diesbezüglich lässt sich auch aus dem Erschöpfungsgrundsatz keine wie auch immer geartete Berechtigung des Zweiterwerbers ableiten, weil im Hinblick auf die Dienstleistungen des Rechteinhabers nach aktueller Rechtsprechung keine Erschöpfung eintritt. Will der Zweiterwerber demnach auch die erworbenen »gebrauchten« Lizenzen unter Wartung halten, so bedürfte es eines eigenständigen Abschlusses eines diesbezüglichen Wartungsvertrages mit dem Rechteinhaber oder zu entsprechender Pflege berechtigtem Dienstleister.

- Wie wird das Unbrauchbarmachen der Programmkopie nachgewiesen?

Es ist bisher nicht höchstrichterlich geklärt, was unter dem Begriff »Unbrauchbarmachen« zu verstehen ist. Hier stellt sich die Frage, ob es reicht, die üblichen vom Betriebssystem zur Verfügung gestellten Mittel zur Löschung zu nutzen oder ob zusätzliche Maßnahmen erforderlich sind, die eine Wiederherstellung der Kopie unmöglich machen. Auch hier gilt: Wer kein Risiko eingehen will, muss sich die getroffenen Maßnahmen von allen Vorerwerbern beschreiben lassen.

- Welche Konsequenzen haben zeitlich beschränkte Softwareüberlassungsmodelle (»Softwaremiet«)?

Der Eintritt der Erschöpfung setzt den Erstverkauf einer Programmkopie und damit die Einräumung einer zeitlich unbeschränkten Lizenz voraus. Aus diesem Grund kann an vermieteter Software keine Erschöpfung eintreten und diese Software folglich nicht ohne Zustimmung des Rechteinhabers an Dritte übertragen werden.

Auch dürfte die unentgeltliche Überlassung einer Testversion, deren Nutzungsdauer befristet ist, die Voraussetzung der Erschöpfung nicht erfüllen. Lediglich bei theoretisch denkbaren, aber praktisch eher irrelevanten, eindeutigen Umgehungsversuchen – z. B. der Vereinbarung einer Mietzeit von 50 Jahren bei einer alle drei Jahre in neuen Versionen erscheinenden Software – dürfte eine Erschöpfung vorliegen.

Schließlich kommt bei ASP- oder SaaS-Geschäftsmodellen in der Cloud Erschöpfung nicht in Betracht. Denn es handelt sich zum einen um zeitlich befristete Lizenzen, also um Formen der Softwaremiete. Zudem gelangt gar keine Programmkopie in den Verkehr, sondern es ist lediglich die Durchführung bestimmter Datenverarbeitungsvorgänge geschuldet.

6 Checkliste

Die obigen Ausführungen zeigen, dass bei dem Kauf wie auch Verkauf von gebrauchter Software bzw. gebrauchter Softwarelizenzen Vorsicht geboten ist. Diese Checkliste gibt Ihnen einen Überblick, was Sie beim Kauf wie auch Verkauf von gebrauchter Software aus urheberrechtlicher Perspektive beachten müssen, um auf der sicheren Seite zu sein.

-
- Keine gemietete Software – Beweis erforderlich!
 - Software wurde vom Rechteinhaber im europäischen Wirtschaftsraum gewerblich zum Kauf angeboten – Beweis erforderlich!
 - Kopien aller Veräußerer wurden unbrauchbar gemacht – Beweis erforderlich!
 - Software-Updates sind von wirksamem Wartungsvertrag zwischen Ersterwerber und Rechteinhaber abgedeckt – Beweis erforderlich!
 - Der bisherige Lizenzvertrag zwischen Ersterwerber und Rechteinhaber hat keine vereinbarten Nutzungsbeschränkungen – wenn doch, sollten diese beachtet werden!
 - Freistellung von vertraglichen Ansprüchen wegen möglichen Urheberrechtsverletzungen durch Ersterwerber/Veräußerer bzw. Gebrauchtsoftwarehändler!
 - Wartungsvertrag für die Zukunft erwünscht? – Neuer Abschluss hierüber mit dem Rechteinhaber oder einem sonstigen Berechtigten (z. B. Service-Partner) erforderlich!
-

BITKOM vertritt mehr als 2.200 Unternehmen der digitalen Wirtschaft, davon gut 1.400 Direktmitglieder. Sie erzielen mit 700.000 Beschäftigten jährlich Inlandsumsätze von 140 Milliarden Euro und stehen für Exporte von weiteren 50 Milliarden Euro. Zu den Mitgliedern zählen 1.000 Mittelständler, mehr als 200 Start-ups und nahezu alle Global Player. Sie bieten Software, IT-Services, Telekommunikations- oder Internetdienste an, stellen Hardware oder Consumer Electronics her, sind im Bereich der digitalen Medien oder der Netzwirtschaft tätig oder in anderer Weise Teil der digitalen Wirtschaft. 76 Prozent der Unternehmen haben ihren Hauptsitz in Deutschland, 10 Prozent kommen aus Europa, 9 Prozent aus den USA und 5 Prozent aus anderen Regionen. BITKOM setzt sich insbesondere für eine innovative Wirtschaftspolitik, eine Modernisierung des Bildungssystems und eine zukunftsorientierte Netzpolitik ein.



Bundesverband Informationswirtschaft,
Telekommunikation und neue Medien e.V.

Albrechtstraße 10
10117 Berlin-Mitte
Tel.: 030.27576-0
Fax: 030.27576-400
bitkom@bitkom.org
www.bitkom.org