

Stellungnahme

Handel mit gebrauchter Software

02. Mai 2007

Seite 1

Der Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e. V. vertritt mehr als 1.000 Unternehmen, davon 800 Direktmitglieder mit etwa 120 Milliarden Euro Umsatz und 700.000 Beschäftigten. Hierzu zählen Gerätehersteller, Anbieter von Software, IT-Services, Telekommunikationsdiensten und Content.

Seit geraumer Zeit wenden sich Händler an die Öffentlichkeit sowie an potentielle Kunden und bieten sog. „gebrauchte“ Software an. Darunter verstehen diese Händler Softwarelizenzen, die bereits von einer anderen Person bzw. einem anderen Unternehmen genutzt wurden. Diese Lizenzen werden von den Gebrauchthändlern an Dritte weiterverkauft bzw. weiter vermittelt.

Aufgrund einiger Unklarheiten zu der rechtlichen Einordnung dieses Handels und aufgrund aktueller Gerichtsentscheidungen zu dieser Thematik hält BITKOM es für notwendig, über diesen Handel und dessen rechtliche Einordnung zu informieren:

Die Nutzung von Software bedarf grundsätzlich der Einräumung eines urheberrechtlichen Nutzungsrechtes durch den Rechteinhaber, da die Software für den Gebrauch auf eine Festplatte bzw. in dem „Arbeitsspeicher“-Chip gespeichert – und dabei vervielfältigt – werden muss. Bei einer Übertragung dieses Nutzungsrechts auf einen Dritten, also von dem ursprünglichen Nutzer auf einen Dritten, sind in der Regel Bedingungen zu beachten, zu deren Einhaltung sich der Nutzer beim Ersterwerb der Nutzungsrechte vertraglich verpflichtet hat. Im Einzelnen:

Inwieweit Software vom bisherigen Nutzer auf einen neuen Nutzer übertragen werden darf (gegebenenfalls auch durch Zwischenschalten eines Händlers), hängt von den gesetzlichen **und** vertraglichen Regelungen ab. Grundsätzlich ist entscheidend, in welcher Form dem Erstnutzer die Software überlassen wurde, für die ihm Nutzungsrechte eingeräumt wurden (dazu nachfolgend in Ziff. 1.). Dies hat Einfluss auf die rechtliche Bewertung der Weiterübertragbarkeit von Nutzungsrechten (dazu nachfolgend Ziff. 2.).

1 Übertragungsszenarien

Gängige Szenarien der Softwareübertragung umfassen die Übergabe eines Datenträgers mit Software für die Einzelplatznutzung, die Bereitstellung der Software

Bundesverband
Informationswirtschaft,
Telekommunikation und
neue Medien e.V.

Albrechtstraße 10
10117 Berlin
+49. 30. 27576-0
Fax +49. 30. 27576-400
bitkom@bitkom.org
www.bitkom.org

Ansprechpartnerin

Judith Lammers
Referentin
Urheberrecht und
gewerblicher Rechtsschutz
+49. 30. 27576-156
Fax +49. 30. 27576-409
j.lammers@bitkom.org

Präsident

Willi Berchtold

Hauptgeschäftsführer

Dr. Bernhard Rohleder

Stellungnahme

Handel mit gebrauchter Software – 02. Mai 2007

Seite 2

zum Download für die Einzel- oder Mehrplatznutzung und die vertragliche Einräumung des Rechts, eine bestimmte Anzahl von Vervielfältigungen durch Installation der Software auf mehreren Rechnern selbst herzustellen (Einräumung von Volumenlizenzen).

1.1 Übereignung eines Softwarepakets

Wird Software auf einem Datenträger (= Vervielfältigungsstück) übergeben, erhält der Nutzer ein vollständiges Softwareprodukt, d.h. neben dem Datenträger auch die entsprechenden Nutzungsrechte. Dieses Softwareprodukt darf in der Regel nur auf einem Computer (PC, Laptop, Server, etc.) genutzt werden.

1.2 Verschaffung von Software durch Bereitstellung zum Download

Es ist in der Softwarebranche insbesondere üblich, Software per Download den Erwerbern zur Verfügung zu stellen. Bei dieser Form der Übertragung ist entscheidend, dass kein Datenträger physisch ausgeliefert wird, sondern der Kunde sich die jeweilige Software von einer Webseite des Anbieters/Herstellers herunterlädt. Hierbei sind die Nutzungsrechte im Einzelfall sehr unterschiedlich (z.B. Rechte für Einzelplatznutzung oder auch für Mehrplatznutzung denkbar) und ergeben sich aus dem zugrundeliegenden Lizenzvertrag.

1.3 Einräumung von Volumenlizenzen

Bei der Einräumung von Volumenlizenzen bekommt der Nutzer durch den Abschluss eines Lizenzvertrages das Recht, ein bestimmtes Softwareprogramm auf mehreren PCs zu installieren. Bei den Volumenlizenzen begründet also der Lizenzvertrag das Recht zur Vervielfältigung und Nutzung der Software für mehrere Nutzer.

1.4 Gemeinsamkeiten unterschiedlicher Überlassungsszenarien

Grundsätzlich ist in allen Überlassungsszenarien sowohl die Einräumung von Einzelplatz- als auch Mehrplatzlizenzen denkbar. Besonders wichtig ist es, bei allen Überlassungsszenarien zu unterscheiden, ob eine konkrete Software auf einem oder mehreren Einzelplatz-Rechnern als Stand-Alone-Software genutzt werden darf oder ob es sich bei der betroffenen Software um Client-Server-Anwendungen (z.B. eine Datenbank zum Betrieb eines ERP-Systems) handelt. Bei Lizenzen für Stand-Alone-Software laufen Mehrplatzlizenzen in der Regel darauf hinaus, dass mehrere Nutzer die vollständige Software unabhängig voneinander nutzen können; in der Regel sind auf jedem Einzelplatz-Rechner autonom ablauffähige Kopien der Software installiert. Bei Lizenzen für Client-Server-Software ist dies nicht der Fall. Mehrplatzlizenzen

Stellungnahme

Handel mit gebrauchter Software – 02. Mai 2007

Seite 3

berechtigen hier nur dazu, dass mehrere User gleichzeitig auf die Software zugreifen können; in aller Regel sind auf den Einzelplatz-Rechnern keine autonom ablaufähigen Kopien der Software installiert.

2 Rechtliche Betrachtung der Drittübertragung

2.1 Übergabe eines Softwarepakets

Die rechtliche Einordnung der Drittübertragung im Falle des ersten Überlassungsszenarios, d.h. durch Übereignung eines Datenträgers mit der Software, ist klar geregelt. Gemäß § 69c Nr. 3 Satz 2 Urheberrechtsgesetz (UrhG) erschöpft sich das Verbreitungsrecht, wenn ein originales Softwarepaket mit Zustimmung des jeweiligen Rechteinhabers, das ist zumeist der Hersteller, innerhalb der Europäischen Union erstmals in Verkehr gebracht wird. Das heißt, dem Hersteller steht in diesem Fall die Kontrolle über die Verbreitung der Software nicht mehr absolut zu. Wenn also ein Datenträger mit einer Kopie der Originalsoftware (= Vervielfältigungsstück) mit Zustimmung des jeweiligen Rechteinhabers in den Verkehr gebracht wird, ist demnach die Übertragung von einem Nutzer auf einen neuen Nutzer grundsätzlich zulässig. Es sind jedoch unbedingt die jeweiligen vertraglichen Nutzungsbedingungen zu beachten. Beispielsweise sollte der ursprüngliche Nutzer sicherstellen, dass sämtliche Kopien – also sowohl die auf seinem Rechner vorhandene Kopie der Software als auch weitere Kopien auf anderen Datenträgern – gelöscht werden. Andernfalls riskiert er, bei einer nochmaligen Nutzung der Software einen Urheberrechtsverstoß zu begehen, da er nicht mehr zu Nutzung der Software berechtigt ist.

2.2 Verschaffung von Software durch Bereitstellung zum Download

Das Überlassungsszenario der Verschaffung durch Bereitstellung zum Download hat in der Vergangenheit zu Unklarheiten in der rechtlichen Einordnung geführt. Nun haben sich einige Gerichte zu der Problematik geäußert:

In einem Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zwischen der Oracle International Corporation („Oracle“) und einem Gebrauchtsoftwarehändler hat das Oberlandesgericht (OLG) München am 3. August 2006 entschieden, dass der Weiterverkauf von „gebrauchten Softwarelizenzen“ an Dritte dann rechtswidrig ist, wenn lediglich die Lizenz ohne physischen Datenträger trotz Übertragungsverbot an Dritte übertragen wird. Dem Verfahren lag der folgende Sachverhalt zugrunde: Oracle stellt seinen Kunden die jeweilige Software per Download zur Verfügung. In dem jeweiligen Lizenzvertrag vereinbart Oracle mit seinen Kunden ein Übertragungsverbot. Der Gebrauchtsoftwarehändler warb dennoch damit, diese Oracle Softwarelizenzen an

Stellungnahme

Handel mit gebrauchter Software – 02. Mai 2007

Seite 4

Dritte verkaufen zu können. Er handelte jedoch offensichtlich nur mit Nutzungsrechten an „Gebrauchtsoftware“ und lieferte unstreitig keine physischen Vervielfältigungsstücke, also keine Datenträger, an seine Kunden aus. Das rechtskräftige Urteil des OLG München (Az. 6 U 1818/06) bestätigt damit das bereits am 19. Januar 2006 (Az. 7 O 23237/05) in gleicher Sache zugunsten von Oracle ergangene erstinstanzliche Urteil des Landgerichts (LG) München I.

Ähnlich hat am 15. März 2007 das LG München I im entsprechenden Hauptsacheverfahren geurteilt (Az. 7 O 7061/06). Es sieht im Fall der Online-Übermittlung von Software weder die direkte noch die analoge Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes.

Beide Urteile haben bereits jetzt erhebliche Bedeutung für die rechtliche Einordnung des Gebrauchtsoftwarehandels. Viele Händler haben ihr Geschäftsmodell auf ein Urteil des Bundesgerichtshofs (BGH) vom Juli 2000 („Microsoft OEM-Urteil“) gestützt. Nach dem Microsoft OEM-Urteil kann der Hersteller von Software nicht aufgrund von Urheberrechten verhindern, dass die von ihm zum Zweck des Vertriebs mit einem neuen Computer in Verkehr gebrachten Softwarepakete getrennt von dem neuen Computer weiterveräußert werden (sogenanntes „unbundling“). Beide Urteile haben inzwischen Klarheit dazu geschaffen, dass es sich bei dem OEM-Fall um einen nicht vergleichbaren Sachverhalt handelt. Das Microsoft OEM-Urteil ist also in vielen Fällen für das Geschäftsmodell der Gebrauchtsoftwarehändler nicht einschlägig und belegt insbesondere nicht die grundsätzliche Rechtmäßigkeit des Handels mit „gebrauchten Lizenzen“.

Zudem schaffen die Urteile Klarheit darüber, dass zwar der Verkauf von gebrauchter Software, die sich auf einem Datenträger befindet, erlaubt ist, nicht jedoch auch zwangsläufig die ausschließliche Weiterreichung von Nutzungsrechten (d.h. ohne Datenträger). In letzterem Fall kann der Softwarehersteller die Weiterübertragung einzelvertraglich wirksam untersagen. Der wesentliche Unterschied des Sachverhalts bei der Weiterveräußerung von Softwarepaketen, inklusive Originaldatenträger, und des vom LG München I und OLG München zu beurteilenden Sachverhalts liegt darin, dass sich im ersten Fall mit der Übergabe des Datenträgers das Verbreitungsrecht an diesem physischen Datenträger erschöpfen kann – wie bereits oben in Ziff. 2.1 dargelegt. Im zweiten Fall, wo die Software ohne Datenträger lediglich durch Download („pull“) oder aber durch Mail-Versand („push“) vertrieben wird, wird gar nicht erst ein Vervielfältigungsstück verbreitet, an dem sich das Verbreitungsrecht erschöpfen könnte. Bezüglich der Wirksamkeit einer Weiterübertragung gelten deshalb hier nur die vertraglich vereinbarten Bestimmungen.

Ein weiterer wichtiger Unterschied der beiden Sachverhalte liegt darin, dass die Weiterveräußerung von Original-CDs für die Nutzung auf einem Einzelplatz-Rechner neben der Löschung vorheriger Installationen und Kopien lediglich die Weitergabe des ursprünglichen Datenträgers erfordert.

Die Weiterveräußerung von Software-Lizenzen für den Einsatz bei Client-Server-Systemen hingegen setzt beim Empfänger in der Regel auch voraus, dass die gesamte

Stellungnahme

Handel mit gebrauchter Software – 02. Mai 2007

Seite 5

auf einem Server installierte Software vervielfältigt wird, damit der Empfänger die erworbenen Lizenzen überhaupt nutzen kann.

Die Zulässigkeit dieses Vervielfältigungsvorgangs würde jedoch die „Erschöpfung des Vervielfältigungsrechts“ des Rechteinhabers voraussetzen. Diese ist gesetzlich aber nicht vorgesehen, und zwar selbst dann nicht, wenn man das Bereithalten der Software zum Download mit dem Inverkehrbringen eines Vervielfältigungsstücks der Software gleichsetzt.

2.3 Einräumung von Volumenlizenzen

Bei Volumenlizenzverträgen bekommt der Nutzer durch den Lizenzvertrag das Recht, eine – eventuell auch schon vorhandene – Programmversion auf mehreren PCs zu nutzen, also zu vervielfältigen. Durch die Volumenlizenzverträge wird ein vertragliches Vervielfältigungsrecht – das heißt insbesondere für das Installieren – begründet, aber kein Recht zur Verbreitung dieser Vervielfältigungsstücke. Etwaige mitgelieferte Datenträger sind Vervielfältigungsvorlagen.

Mit der Übertragung von Nutzungsrechten aus Volumenlizenzverträgen musste sich das Landgericht Hamburg in einem wettbewerbsrechtlichen Eilverfahren zwischen zwei Softwarehändlern auseinandersetzen. Dabei entschied das Gericht, dass der Weiterverkauf einzelner „gebrauchter Lizenzen“ aus einem Volumenlizenzvertrag ohne Zustimmung des Herstellers wirksam möglich sei, da auch an einem unkörperlich übertragenen Nutzungsrecht die Erschöpfung eintrete (Urteil vom 29. Juni 2006, Az. 315 O 343/06). In der Berufungsinstanz kam das OLG Hamburg zwar zu dem Ergebnis, dass eine Werbung für den Verkauf mit „gebrauchten Lizenzen“ nicht grundsätzlich wettbewerbswidrig ist. Dabei hat es jedoch die Frage, ob ein solcher Verkauf gegen urheberrechtliche Vorschriften verstößt oder wirksam ist, ausdrücklich offen gelassen und sich insoweit nicht dem erstinstanzlichen Urteil des LG Hamburg angeschlossen (Urteil vom 7. Februar 2007, Az. 5 U 140/06).

Festzuhalten bleibt damit, dass bislang nur das OLG München eine zweitinstanzliche Entscheidung zu der urheberrechtlichen Zulässigkeit des Handels mit „gebrauchten Lizenzen“ gefällt und dabei eine analoge Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes auf den bloßen Handel mit Lizenzen, die ohne Übergabe eines Datenträgers erworben wurden, abgelehnt hat.

Deshalb sind bei der zum Download bereitgestellten Software und der Einräumung von Volumenlizenzen in der Regel die vertraglichen Bestimmungen zu beachten. Zudem vereinbaren die Softwarehersteller in ihren Softwareüberlassungsverträgen regelmäßig eine inhaltliche Beschränkung des Nutzungsrechtes. Bei dem Verkauf der gebrauchten Software nur durch die Einräumung von Nutzungsrechten wird in der Regel gegen diese Vereinbarung verstoßen, wenn sowohl der ursprüngliche Kunde als auch der

Stellungnahme

Handel mit gebrauchter Software – 02. Mai 2007

Seite 6

Dritte die Software nutzen und somit keine rein "interne" Nutzung der Software bei dem ursprünglichen Kunden vorliegt.

3 Zusammenfassung

Wie auch immer der Einzelfall gelagert sein mag: Wichtig ist, dass sich die beteiligten Parteien beim Handel von gebrauchter Software darüber im Klaren sind, dass nicht grundsätzlich jede Übertragung von „gebrauchten“ Softwarelizenzen rechtlich zulässig ist. Die bisher vorliegende Rechtsprechung geht zwar übereinstimmend davon aus, dass der Zweiterwerb einer auf Datenträger verkörperten Software problemlos möglich ist; bei der Lieferung durch Download und bei Volumenlizenzen sind die bisher vorliegenden Urteile jedoch nicht völlig einheitlich. Das regelmäßig in diesem Zusammenhang zitierte OEM-Urteil des BGH hat jedoch definitiv nicht über die urheberrechtliche Zulässigkeit eines Handels mit „gebrauchten Lizenzen“ entschieden.

Bitte beachten Sie also: Wer eine Übertragung oder den Erwerb gebrauchter Softwarelizenzen plant, sollte die gesetzlichen und vertraglichen Voraussetzungen genau prüfen und sowohl beim Gebrauchthändler wie beim Hersteller Aussagen über die Rechtmäßigkeit der Übertragung einholen.