



Handel mit „gebrauchter“ Software

■ Impressum

- Herausgeber: BITKOM
Bundesverband Informationswirtschaft,
Telekommunikation und neue Medien e. V.
Albrechtstraße 10 A
10117 Berlin-Mitte
Tel.: 030.27576-0
Fax: 030.27576-400
bitkom@bitkom.org
www.bitkom.org
- Ansprechpartner: Dr. Mario Rehse
Tel.: 030.27576-155
m.rehse@bitkom.org
- Redaktion: Dr. Mario Rehse (BITKOM), Arbeitskreis Intellectual Property
- Redaktionsassistentz: Katharina Hahnfeldt
- Gestaltung / Layout: Design Bureau kokliko / Anna Müller-Rosenberger (BITKOM)
- Copyright: BITKOM 2010
- Bildnachweis: iStockphoto.com/Sapsiwai

Diese Publikation stellt eine allgemeine unverbindliche Information dar. Die Inhalte spiegeln die Auffassung im BITKOM 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

Inhaltsverzeichnis

Einführung	3
1 Übertragungsszenarien	4
1.1 Übereignung eines Softwarepakets	4
1.2 Verschaffung von Software durch Bereitstellung zum Download	4
1.3 Einräumung von Volumenlizenzen	4
1.4 Gemeinsamkeiten unterschiedlicher Überlassungsszenarien	4
2 Rechtliche Betrachtung der Drittübertragung	5
2.1 Übergabe eines Softwarepakets	5
2.2 Verschaffung von Software durch Bereitstellung zum Download	5
2.3 Aufspaltung von Volumenlizenzen	6
2.4 Weitere Konstellationen	7
3 Empfehlungen	8

Einführung

Seit geraumer Zeit wenden sich Händler, Unternehmen oder Insolvenzverwalter an die Öffentlichkeit sowie an potentielle Kunden und bieten sog. „gebrauchte“ Software an. Der Begriff wird dabei unterschiedlich verwendet. Oft ist gar nicht der Weitervertrieb originaler, aber gebrauchter Datenträger Gegenstand, sondern bloße Nutzungsrechte, die der Rechteinhaber zunächst einer bestimmten Person bzw. Unternehmen eingeräumt hat und die nun an einen Dritten weiterverkauft werden sollen – also eher gebrauchte Software-Lizenzen.

Aufgrund einiger Schwierigkeiten bei der rechtlichen Einordnung dieses Geschäftsmodells und aufgrund aktueller Gerichtsentscheidungen zu dieser Thematik hält BITKOM es für sinnvoll, 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 einer Festplatte bzw. in dem Arbeitsspeicher 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 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).

Unabhängig von den hier geschilderten Konstellationen sind die Besonderheiten von Software zu beachten, die unter sog. freien Lizenzen zur Verfügung gestellt wird. Dort sind die entsprechenden Lizenzbestimmungen zu Nutzungsumfang, Änderungsbefugnis und Anforderungen an die Weitergabe zu beachten.

■ 1.1 Übereignung eines Softwarepakets

Wird Software auf einem Datenträger (= Vervielfältigungsstück) zusammen mit einem Lizenzvertrag und einem Handbuch übergeben, erhält der private oder gewerbliche Nutzer ein vollständiges Softwareprodukt, d.h. neben dem Datenträger auch die entsprechenden Nutzungsrechte, die sich aus dem Lizenzvertrag ergeben. Dieses Softwareprodukt darf in der Regel nur auf einem Computer (PC, Laptop, Server, etc.) genutzt werden. Es gibt aber auch Standardsoftwarepakete, bei denen der Datenträger laut Lizenzvertrag zur Installation und Nutzung des Programms auf mehreren Computern verwendet werden darf, etwa auf einem PC und einem Notebook oder auf mehreren PCs in einem Haushalt.

■ 1.2 Verschaffung von Software durch Bereitstellung zum Download

Es ist in der Softwarebranche insbesondere üblich, Software per Download den Erwerbenden 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 berechtigen hier nur dazu, dass mehrere User gleichzeitig auf die Software zugreifen können; in aller Regel sind auf den Einzelplatz-Rechnern keine autonom ablauffähigen Kopien der Software installiert.

2 Rechtliche Betrachtung der Drittübertragung

■ 2.1 Übergabe eines Softwarepakets

Gemäß § 69c Nr. 3 Satz 2 Urheberrechtsgesetz (UrhG) erschöpft sich das Verbreitungsrecht, wenn ein originaler Datenträger mit Zustimmung des jeweiligen Rechteinhabers (meist der Hersteller) innerhalb der Europäischen Union erstmals in Verkehr gebracht wird. Nicht betroffen ist jedoch das Vervielfältigungsrecht. Da dieses aber für die zweckentsprechende Nutzung von Software zwingend erforderlich ist (Installation, Laden in den Arbeitsspeicher) schlussfolgert das OLG München in seiner Entscheidung vom 3. Juli 2008, dass auch bei Übergabe originaler Datenträger eine Zustimmung des Herstellers erforderlich ist (ausführlicher zu diesem Urteil siehe unter 2.2).

■ 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. Zwischenzeitlich haben sich einige Gerichte zu der Problematik geäußert, inwieweit die Lizenzen bei einer per Download zur Verfügung gestellten Software übertragbar sind:

In einem Verfahren zwischen der Oracle International Corporation („Oracle“) und einem Gebrauchtssoftwarehändler hat das Oberlandesgericht (OLG) München am 3. Juli 2008 entschieden, dass der Weiterverkauf von „gebrauchten Softwarelizenzen“ an Dritte ohne Zustimmung des Rechtsinhabers rechtswidrig ist. Oracle stellt seinen Kunden die jeweilige Software hauptsächlich per Download zur Verfügung. In dem jeweiligen Lizenzvertrag vereinbart Oracle mit seinen Kunden ein Übertragungsverbot hinsichtlich der jeweiligen Nutzungsrechte. Der Gebrauchtssoftwarehändler warb dennoch damit, diese Oracle Softwarelizenzen an Dritte verkaufen zu können. Er handelte jedoch offensichtlich nur mit angeblichen Nutzungsrechten an „Gebrauchtssoftware“ und lieferte keine

physischen Vervielfältigungsstücke, also keine Datenträger, an seine Kunden aus. Das Urteil des OLG München (Az. 6 U 2759/07) bestätigt damit das am 15. März 2007 (Az. 7 O 7061/06) in gleicher Sache zugunsten von Oracle ergangene erstinstanzliche Urteil des Landgerichts (LG) München. Nach der Rechtsprechung von LG und OLG München ist also eine Übertragung von Nutzungsrechten ohne Zustimmung des Rechteinhabers unzulässig. Der Gebrauchtssoftwarehändler hat Revision zum Bundesgerichtshof (BGH) eingelegt (Az. I ZR 129/08). Die mündliche Verhandlung fand am 30. September statt. Eine Entscheidung ist für den 3. Februar 2011 angekündigt.

Eindeutig gegen die Weiterübertragbarkeit von Software, die per Download in den Verkehr gebracht worden ist, hat sich das Hanseatische OLG in seiner Entscheidung vom 16.10.2008 (Az. 10 U 87/07) ausgesprochen. So sei das Verbreitungsrecht nicht nach § 69 c Nr. 3 S. 2 UrhG erschöpft, da diese Vorschrift nur für körperliche Werkstücke gelte. Eine analoge Anwendung der Regelung scheidet auch aus, da es an der insoweit erforderlichen planwidrigen Regelungslücke fehle.

Zwischenzeitlich haben sich mehrere Gerichte der „Münchener Linie“ angeschlossen und den Gebrauchtssoftwarehandel auch in anderen Sachverhaltsvarianten für unzulässig erklärt (OLG Frankfurt a.M., OLG Düsseldorf, siehe hierzu unten 2.3 und 2.4). Das LG Mannheim hat in einem nicht rechtskräftigen Urteil vom 22. Dezember 2009 (Az. 2 O 37/09) entschieden, dass die Aufspaltung von Lizenzen ohne Zustimmung des Softwareherstellers nicht zulässig ist, und dass selbst bei Insolvenz des Ersterwerbers der Insolvenzverwalter keinen Anspruch auf Zustimmung zu einer Weiterveräußerung von abgespaltenen Teilen der Lizenz hat. Bereits das Landgericht München I hatte in seinem Urteil die Gefahr der Lizenzaufspaltung als Argument gegen die Zulässigkeit des Handels mit gebrauchten Softwarelizenzen angeführt.

Die genannten Gerichtsentscheidungen haben bereits jetzt erhebliche Bedeutung für die rechtliche Einordnung

des Gebrauchtsoftwarehandels. Viele Händler stützen ihr Geschäftsmodell auf ein Urteil des BGH vom Juli 2000 (sog. „OEM-Urteil“). Nach diesem Urteil dürfen originale Datenträger (CDs/DVDs) in der System Builder Version, die mit Zustimmung des Herstellers in den Verkehr gelangt sind, auch dann ohne PC weiterverkauft werden, wenn sie eigentlich von Hardwareherstellern zusammen mit einem PC weiter vertrieben werden sollten (sogenanntes „unbundling“). Dies begründet der BGH mit der Erschöpfung des Verbreitungsrechts an diesen Datenträgern. Zu dem für die Nutzung notwendigen Vervielfältigungsrecht (Installation, Laden in den Arbeitsspeicher) macht der BGH hingegen keine Ausführungen. Die Urteile zum Thema Gebrauchtsoftware haben inzwischen Klarheit dazu geschaffen, dass es sich bei dem OEM-Fall um einen nicht vergleichbaren Sachverhalt handelt. So hat das OLG München ausdrücklich klargestellt, dass auch bei Einzelplatzlizenzen und egal ob die Software per Download oder mittels Datenträger zur Verfügung gestellt wird, das Nutzungsrecht, also die Lizenz, nicht weiterübertragen werden darf.

In dem vorgenannten „OEM-Urteil“ ging es lediglich um die Weitergabe des Datenträgers, also um das Verbreitungsrecht, nicht jedoch um das Nutzungsrecht (Vervielfältigungsrecht). Das LG Mannheim hat insofern darauf hingewiesen, dass dem „OEM-Urteil“ nicht zu entnehmen ist, dass das Nutzungsrecht ohne Zustimmung des Herstellers weiterübertragen werden darf und in diesem Zusammenhang herausgestellt, dass der Erschöpfungsgrundsatz durch ein Aufspaltungsverbot nicht berührt ist, da sich lediglich das Verbreitungs-, nicht aber das Vervielfältigungsrecht erschöpft. Das „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“.

■ 2.3 Aufspaltung von Volumenlizenzen

Bei Volumenlizenzverträgen bekommt der Nutzer durch den Lizenzvertrag das Recht, eine Programmversion auf mehreren PCs zu nutzen, also zu vervielfältigen. Durch die Volumenlizenzverträge wird ein vertragliches Vervielfältigungsrecht insbesondere für das Installieren gewährt. Eine Weitergabe (Verbreitung) der auf diese Weise hergestellten Vervielfältigungsstücke wird nicht erlaubt.

Das OLG Frankfurt am Main (Beschluss vom 12.05.2009, Az.: 11 W 15/09) hat ausdrücklich festgehalten, dass der Erwerber einer Volumenlizenz nicht berechtigt ist, dem Zweiterwerber Nutzungsrechte abzutreten bzw. diesen zum Download zu ermächtigen.

Mit einer Werbung für die Übertragung von Nutzungsrechten aus Volumenlizenzverträgen musste sich ferner das Landgericht Hamburg in einem wettbewerbsrechtlichen Eilverfahren zwischen zwei Softwarehändlern auseinandersetzen. Dabei entschied das Gericht, dass es zulässig sei, in der Werbung die Ansicht zu vertreten, der Handel mit „gebrauchter Software“ sei zulässig (Urteil vom 29. Juni 2006, Az. 315 O 343/06). Dies begründete die an sich nicht für Urheberrechtssachen zuständige Kammer mit einer analogen Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes. In der Berufungsinstanz kam das OLG Hamburg zwar zu dem Ergebnis, dass eine Werbung für den Verkauf mit „gebrauchten Lizenzen“ nicht grundsätzlich wettbewerbswidrig ist, wenn sie sich im Rahmen der grundrechtlich geschützten Meinungsfreiheit hält. 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).

Demgegenüber hat das OLG München sich zur analogen Anwendung geäußert und die direkte wie analoge Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes auf das Vervielfältigungsrecht in seiner vorgenannten Entscheidung deutlich abgelehnt.

■ 2.4 Weitere Konstellationen

Der Verkauf selbsterstellter Sicherungskopien ist laut Entscheidungen von OLG Düsseldorf (vom 29.06.2009, Az.: I-20 247/08) und OLG Frankfurt (vom 22.06.2010, Az. 11 U 13/10) ebenfalls unzulässig. Dies gilt laut OLG Frankfurt insbesondere dann, wenn bereits die Herstellung zum Zwecke der Veräußerung an einen Dritten unrechtmäßig erfolgte. Aber auch dann, wenn die Sicherungskopie rechtmäßig hergestellt wurde, besteht nach dem OLG Düsseldorf kein Recht zu deren Weiterverbreitung. Hintergrund ist, dass es sich bei einer selbsterstellten Sicherungskopie eben nicht um ein Vervielfältigungsstück handelt, das mit Zustimmung des Rechteinhabers in den Verkehr gebracht wurde.

Das LG und das OLG Frankfurt haben bereits mehrfach entschieden, dass einzelne Echtheitszertifikate

(Certificates of Authenticity, kurz: COA) nicht als (angebliche) Lizenzen verkauft werden dürfen (siehe bspw. die Beschlüsse vom 12.05.2009, Az.: 11 W 15/09, vom 06.01.2010 und 04.02.2010, Az. 11 U 50/09). Erschöpfung könne nur an körperlichen Gegenständen eintreten und nicht an Rechten bzw. Rechte verkörpernden Urkunden. Ebenfalls wird die Feststellung des OLG München bestätigt, der Erschöpfungsgrundsatz berühre nur das Verbreitungsrecht und nicht das Vervielfältigungsrecht.

Teilweise übergeben Gebrauchtssoftwarehändler ihren Kunden notarielle Testate, denenzufolge dem Notar Unterlagen zum angeblichen Nachweis der wirksamen Übertragung vorgelegen haben. Nach dem OLG Frankfurt (Entscheidungen vom 18.05.2010, Az. 11 U 69/09 und 22.06.2010, Az. 11 U 13/10) sind solche notariellen Bestätigungen als Beleg für den angeblichen Erwerb unzulässig, da sie eine Prüfung der Vertragskette weder ermöglichen noch ersetzen. Dementsprechend hat das OLG Frankfurt in den erwähnten Entscheidungen dem Gebrauchtssoftwarehändler die weitere Verwendung dieser „Notariellen Bestätigungen“ untersagt und einem seiner Kunden die Verwendung der gebrauchten Software verboten.

3 Empfehlungen

Wie die vorstehenden Ausführungen zeigen, gibt es im Umgang mit „gebrauchter“ Software vielfältige Konstellationen. Diese sind rechtlich differenziert zu betrachten, wie die inzwischen zahlreichen gerichtlichen Einzelfallentscheidungen zeigen. Eine abschließende Bewertung kann nur im Einzelfall getroffen werden.

Wer eine Übertragung oder einen Erwerb gebrauchter Software bzw. Softwarelizenzen plant, muss die gesetzlichen und vertraglichen Voraussetzungen genau prüfen. Wichtig ist dabei insbesondere,

- sich Klarheit zu verschaffen, welche Nutzungsrechte übertragen werden sollen;
- anhand des originalen Lizenzvertrags und aller weiteren Übertragungsvereinbarungen zu prüfen, welche Nutzungsbedingungen einzuhalten sind;
- sich mit den jeweiligen Rechteinhabern (Hersteller) abzustimmen und gegebenenfalls ihre Zustimmung einzuholen;
- in jedem Fall sicherzustellen, dass sämtliche Kopien der veräußerten Software gelöscht werden.

Nur auf diese Weise kann im jeweiligen Einzelfall sichergestellt werden, dass ein Verstoß gegen gesetzliche oder vertragliche Beschränkungen nicht vorliegt.

Der Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e.V. vertritt mehr als 1.300 Unternehmen, davon 950 Direktmitglieder mit etwa 135 Milliarden Euro Umsatz und 700.000 Beschäftigten. Hierzu zählen Anbieter von Software, IT-Services und Telekommunikationsdiensten, Hersteller von Hardware und Consumer Electronics sowie Unternehmen der digitalen Medien. Der BITKOM setzt sich insbesondere für bessere ordnungspolitische Rahmenbedingungen, eine Modernisierung des Bildungssystems und eine innovationsorientierte Wirtschaftspolitik ein.



Bundesverband Informationswirtschaft,
Telekommunikation und neue Medien e.V.

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