

von Rechtsanwältin **Elisabeth Keller-Stoltenhoff**

Handel mit Gebrauchtssoftware: Chancen und Risiken

Wieder scheint es, hat die Firma Usedsoft einen Etappensieg bei der Durchsetzung ihres Geschäftsmodells, des Handels mit Gebrauchtssoftware, errungen. Microsoft nahm jetzt im Juli 2008 teilweise eine einstweilige Verfügung gegen Usedsoft zurück.

Wir berichteten: **Microsoft zieht einstweilige Verfügung gegen Usedsoft zurück**

Bei genauem Hinsehen hat Microsoft lediglich einen Fehler korrigiert. Sie hätte sich nämlich nie gegen die Behauptung von Usedsoft wenden dürfen:

"Der Erschöpfungsgrundsatz ist zwingendes Recht, das nicht vertraglich "abbedungen" werden kann, d.h.: Entgegenstehende Lizenzbedingungen der Hersteller sind bei Eintritt der Erschöpfung in diesem Punkt unwirksam".

Dieser Satz ist insofern richtig, als **der Erschöpfungsgrundsatz** nicht in den Lizenzbedingungen der Hersteller oder Softwareverkäufer wirksam abbedungen werden kann. Wird das Erschöpfungsprinzip in **Allgemeinen Geschäftsbedingungen** (AGB) ausgeschlossen, ist eine solche Klausel gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam, da sie von wesentlichengesetzlichen Grundgedanken, denen des § 69c Abs.3 UrhG, abweicht.

Die einstweilige Verfügung von Microsoft richtete sich auch gegen die Behauptung von Usedsoft, Gerichte hätten "ohne Wenn und Aber" die Rechtmäßigkeit des Handels mit Gebrauchts-Software bestätigt. Hier hat sich Usedsoft nicht gewehrt, da auch Usedsoft durchaus bekannt ist, dass es keine Entscheidung gibt, die die Rechtmäßigkeit des Handels mit Gebrauchtslizenzen pauschal bestätigt. Alle bisher ergangenen Entscheidungen sind Entscheidungen, die zu völlig unterschiedlichen Fallkonstellationen Stellung nehmen und keine Grundsatzentscheidung zum Handel mit Gebrauchtssoftware insgesamt enthalten.

Rechtssicherheit wird es daher wohl erst geben, wenn der Gesetzgeber, wie angekündigt, das Thema Gebrauchtssoftware in der nächsten Urheberrechtsnovelle, dem sogenannten "Dritten Korb" regeln wird oder wenn der BGH eine Grundsatzentscheidung zu diesem Thema ausspricht.

Bis dahin bleibt es dabei: Die Rechtmäßigkeit der Weitergabe von Software an Zweitverwerter hängt von der Art des Erwerbes ab und ist in vielen Bereichen umstritten.

Erschöpfungsprinzip

Die Frage der Rechtmäßigkeit der Weitergabe von Software, dreht sich stets um den so genannten **Erschöpfungsgrundsatz** gem. § 69c Nr. 3 Satz 2 UrhG. Der Erschöpfungsgrundsatz sagt sinngemäß aus, dass das grundsätzliche Recht des Rechtsinhabers, die Verbreitung seines Werkes vorzunehmen oder zu gestatten dann erschöpft ist, wenn ein Vervielfältigungsstück eines Computerprogramms mit seiner Zustimmung im Gebiet der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den europäischen Wirtschaftsraum im Wege der Veräußerung in Verkehr gebracht wird.

Zweck des*Verbreitungsrechts* ist es, dem Urheber die alleinige Möglichkeit einzuräumen, durch die erstmalige Veräußerung eine angemessene Gegenleistung für seine Schöpfung zu erhalten. Hat der Rechteinhaber aber mit dem Erstverkauf dann erst einmal sein (Erst-)Verwertungsrecht ausgeübt, hat er es damit verbraucht. Es hat sich in diesem Sinne "erschöpft".

Ab diesem **Zeitpunkt** steht das Interesse des Urhebers hinter dem allgemeinen Interesse zurück, dass das betreffende Werkexemplar im Geschäftsverkehr ungehindert zirkulieren kann. So bewirkt die Erschöpfung, dass ein einmal mit Zustimmung des Rechtsinhabers durch Veräußerung in Handel gebrachtes Original oder Vervielfältigungsstück eines Computerprogramms auch ohne Einwilligung des Urhebers an Dritte weiterverkauft werden darf. In Bezug auf diese eine bestimmte*Werkkopie* kann der Urheber eine Weiterverbreitung - sei es durch Verkauf, Tausch oder Schenkung - insoweit nicht mehr verhindern.

Hinweis: Wird das Verbreitungsrecht des Lizenznehmers in Allgemeinen Geschäftsbedingungen ausgeschlossen, ist eine solche Klausel gemäß § 307 II Nr. 1 BGB unwirksam, da sie von wesentlichen gesetzlichen Grundgedanken, nämlich dem Erschöpfungsgrundsatz abweicht.

Nun gilt es, diesen Grundsatz auf die unterschiedlichen Weitergabemöglichkeiten von Software anzuwenden. Wie im Folgenden aufgezeigt, hängen die Rechte des Ersterwerbers entscheidend davon ab, wie dieser die Software erhalten und wie er sie weiterverkaufen will.

Arten des Lizenzerwerbs und der Arten der Zweitverwertung

Nutzungsrechte an Software können in unterschiedlichster Form erworben werden. Da eine Erschöpfung des Zustimmungrechts des Rechteinhabers ausschließlich bei der Veräußerung (dauerhafte Überlassung gegen Einmalvergütung) stattfindet, werden im Folgenden daher nur die unterschiedlichen Überlassungsmodelle im Wege der Veräußerung und ihre Auswirkungen auf die Erschöpfung der Rechte des Rechteinhabers untersucht.

Die geläufigsten Übertragungsmöglichkeiten von Softwarelizenzen durch den Rechteinhaber sind:

Nr.; Art der Überlassung an den Ersterwerber; Art der Weitergabe an den Zweiterwerber;

1; Verkauf einer Software mit dem Nutzungsrecht für einen Nutzer verkörpert auf einem Datenträger; Die auf dem Datenträger verkörperte Software und das Nutzungsrecht werden weiterverkauft. Ersterwerber löscht die Software auf seinem Computer.;

2; Verkauf der Software und des Nutzungsrechts im Wege des Onlinevertriebs durch Download; 2.1 Weitergabe dieser Software und der Nutzungsrechte durch Bereitstellung zum Download. Ersterwerber löscht die Software und nutzt sie nicht weiter.

2.2 Der Ersterwerber überträgt nur das Nutzungsrecht, nicht aber die Software dem Zweiterwerber, der die Software schon hat oder sich woanders beschafft. Der Ersterwerber selber vernichtet den Datenträger und löscht die Software auf seinem Computer.;

3; Verkauf einer Master-CD und eines Nutzungsrechts, das den Lizenznehmer dazu berechtigt, Kopien in einer von der Lizenz vorgegebenen Menge herzustellen und auf den Rechnern des Lizenznehmers zu nutzen.; 3.1 Übergabe der Masterkopie und Überlassung der Lizenz insgesamt.

3.2 Aufspalten der Lizenz, Übertragung einzelner Vervielfältigungsstücke.

3.3 Aufspalten der Lizenz, Übertragung nur der Nutzungsrechte. Der Erwerber verschafft sich die Software selbst.;

4; Verkauf einer Master-CD mit der Lizenz, dass eine gewisse Anzahl von Nutzern die Software gleichzeitig nutzen können.; 4.1 Übergabe der Masterkopie und Überlassung der Lizenz insgesamt.

4.2 Aufspalten der Lizenz, Übertragung einzelner Vervielfältigungsstücke.

4.3 Aufspalten der Lizenz, Übertragung nur der Nutzungsrechte. Der Erwerber verschafft sich die Software selbst.;

5; Verkauf einer Lizenz zur Nutzung durch mehrere Nutzer, ohne dass die Software verkörpert auf einem Datenträger überlassen wird. Zum Beispiel durch Übertragung eines Lizenzschlüssels.; 5.1 Übergabe der Masterkopie und Überlassung der Lizenz insgesamt.

5.2 Aufspalten der Lizenz, Übertragung nur der Nutzungsrechte. Der Erwerber verschafft sich die Software selbst oder hat sie bereits und erwirbt lediglich Lizenzen hinzu.;

In welchen Fällen erwirbt der Zweiterwerber Nutzungsrechte?

Kein gutgläubiger Erwerb

Ersterwerber interessiert, in welchen der o.a. Fälle sie die Nutzungsrechte an der von ihnen erworbenen Software zulässiger Weise weitergeben dürfen. Aber auch Zweiterwerber muss diese Frage brennend interessieren, da sie nur dann tatsächlich Nutzungsrechte an der von ihnen erworbenen Software erhalten, wenn der Verkäufer tatsächlich dazu berechtigt war. Ein gutgläubiger Erwerb von Nutzungsrechten entsprechend dem gutgläubigen Erwerb von Eigentum ist ausgeschlossen. Dies liegt daran, dass nach der herrschenden Meinung für die Übertragung des Nutzungsrechts nicht das Abstraktionsprinzip gilt. Das Abstraktionsprinzip ist eine Eigentümlichkeit des deutschen Rechts. Es bedeutet, dass der schuldrechtliche Vertrag, d.h. die gegenseitigen Verpflichtungen, und der dingliche Vertrag, d.h. der Erfüllungsteil der Verpflichtungen, abstrakt, d.h. voneinander getrennt zu beurteilen sind. Zunächst verpflichtet man sich, etwas zu tun, dann erfüllt man es. Beides sind unterschiedliche Verträge.

Beispiel: A kauft einen PC bei B. Der Kaufvertrag wird abgeschlossen und das Eigentum am PC auf A übertragen. Nun ist der schuldrechtliche Vertrag aber nichtig. Das Eigentum wird dadurch nicht berührt. B hat zwar Anspruch auf Rückübereignung wegen ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812 BGB). Aber automatisch fällt das Eigentum nicht an B zurück.

Im Urheberrecht bzw. im Verlagswesen soll dies nicht gelten. Für Verlagsverträge zwischen Verfasser und Verleger hebt § 9 VerlG das **Abstraktionsprinzip** auf. Dies soll auch allgemein für die Nutzungsverträge nach dem Urheberrecht gelten. Ist der **Nutzungsvertrag** nichtig oder kann der dort beabsichtigte Zweck nicht erfüllt werden, fällt das Nutzungsrecht somit nach herrschender Meinung automatisch wieder an den Urheber zurück. Einer Rückübertragung bedarf es nicht (Heimfall des Urheberrechts). Daher ist auch ein gutgläubiger Erwerb der Nutzungsrechte von einem Nichtberechtigten entsprechend den Regelungen der Forderungsabtretung nicht denkbar.

Dies bedeutet, dass der Zweiterwerber, der eine Software nutzt, die er gutgläubig von einem Nichtberechtigten erworben hat, von dem Rechteinhaber auf Unterlassung in Anspruch genommen werden kann. Ob auch ein Schadensersatzanspruch gegeben ist, hängt davon ab, ob der Zweiterwerber hätte erkennen müssen, dass der Veräußerer der Software nicht über die entsprechenden Rechte verfügte. So haben Richter immer wieder deutlich gemacht, dass es bei der Frage, ob eine Verletzung von Nutzungsrechten schuldhaft sei, darauf ankomme, dass der Erwerber seine Überprüfungspflichten ordnungsgemäß wahrgenommen habe (LG München I, Urteil vom 15.11.2006 - AZ.: 21 O 506/05)

Fallbeurteilung

Verkauf einer Software mit dem Nutzungsrecht für einen Nutzer verkörpert auf einem Datenträger (Nr. 1)

Dieser Fall ist eindeutig. Bei dem Verkauf einer auf einem Datenträger verkörperten Software erschöpft sich das Verbreitungsrecht des Rechteinhabers in Bezug auf dieses Vervielfältigungsstück gemäß § 69 c Abs. 3 UrhG. Das heißt, der Zweiterwerber erwirbt die auf dem Datenträger verkörperten Nutzungsrechte.

Verkauf der Software und des Nutzungsrechts im Wege des Onlinevertriebs durch Download (Nr. 2)

Hier ist erst einmal festzustellen, dass die Erschöpfung nach § 69c Nr. 3 Satz 2 UrhG lediglich das Verbreitungsrecht an Werkstücken erfasst. Wird also die Software zusammen mit einem Datenträger in den Verkehr gebracht, liegt kein Vervielfältigungsstück vor, an dem Erschöpfung eingetreten sein könnte. Es gibt zwar viele Stimmen, die den Erschöpfungsgrundsatz auf die per Download erworbene Software analog anwenden wollen. Hauptargument ist, dass es nicht sein könne, dass der Hersteller allein durch die Wahl der Vertriebsform es in der Hand habe, Erschöpfung eintreten zu lassen oder nicht. Die wohl im Augenblick herrschende Lehre sieht aber die Ungleichbehandlung zwischen körperlicher und nicht körperlicher Übertragung als gerechtfertigt an. Hier spielt die Produktpiraterie eine wesentliche Rolle. Es macht offenbar immer noch einen Unterschied, ob die Berechtigung eines Nutzers über eine Original-CD mit entsprechenden Siegeln ermittelt werden kann oder ob bei lediglich herunter geladen Programmen eine Rechteermittlung versucht wird.

Fazit

Bis zu einer überfälligen gesetzgeberischen Klarstellung oder einer höchstrichterlichen Entscheidung in dieser Sache kann der Erwerber einer Softwarelizenz, die nicht über den Weg des Kaufs eines Datenträgers sondern online erfolgt, nicht sicher sein, tatsächlich Nutzungsrechte zu erhalten. Da ihn eine Überprüfungspflicht trifft, sollte er daher sicherheitshalber von einem solchen Kauf absehen. Nimmt man also vorsichtiger Weise an, dass bei der Online-Überlassung keine Erschöpfung eintritt, spielen dann die beiden o.a. unterschiedlichen Fälle der Weitergabe an den Zweitverwerter (Nr. 2.1 und 2.2) keine Rolle mehr.

Verkauf eine Master-CD und eines Nutzungsrechts, das den Lizenznehmer dazu berechtigt, Kopien in einer von der Lizenz vorgegebenen Menge herzustellen

In diesem Fall erwirbt der Ersterwerber neben dem Nutzungsrecht auch ein Vervielfältigungsrecht, das über die normale bestimmungsgemäße Vervielfältigung, nämlich der Vervielfältigung in den Arbeitsspeicher hinausgeht. Veräußert der Ersterwerber nun seine Master-CD (Fall 4.1), was angesichts der Erschöpfung, die an der Master-CD eingetreten ist, möglich ist, kann der Erwerber die Software auch bestimmungsgemäß vervielfältigen. Der Zustimmung des Urhebers bedarf es in diesem Fall gemäß § 69d Abs.1 UrhG nicht, da die bestimmungsgemäße Nutzung durch den Berechtigten die vereinbarten Vervielfältigungen erfordert.

Darf nun der Ersterwerber, die von ihm erlaubter Weise hergestellten Vervielfältigungsstücke weitergeben (Fall 4.2)?

Auch hier besteht in der Literatur und Rechtsprechung keine Einigkeit. Es gibt durchaus Stimmen, die ausführen, dass nun ja an dem einzelnen Vervielfältigungsstück Erschöpfung eingetreten sei und dass das Vervielfältigungsstück nun im Rahmen der ursprünglichen Lizenz weiterveräußert werden darf. Das heißt, der Ersterwerber darf nur so viele Lizenzen herstellen, wie ihm durch die Lizenz zugestanden wurden und der Zweiterwerber erwirbt nun kein über die normale Nutzung hinausgehendes Vervielfältigungsrecht mehr. Es gibt aber auch gewichtige Stimmen (**LG München I, Urteil vom 13.03.2007 - 7 O 7061/06**) die der Meinung sind, dass bei Erwerb eines Masterdatenträgers nicht davon ausgegangen werden kann, dass der Ersterwerber berechtigt sein soll, Kopien herzustellen, die nicht der Nutzung durch den Ersterwerber dienen, sondern zur Weitergabe an einen Zweiterwerber bestimmt sind. Dies gehe über das für die Softwarenutzung erforderliche Maß deutlich hinaus und habe nichts mehr mit der bestimmungsgemäßen Nutzung der Software zu tun.

Dies gilt erst recht, wenn lediglich Nutzungsrechte übertragen werden, und der Zweiterwerber zu seinen bereits vorhandenen Lizenzen hinzukauf (Nr. 4.3).

Dies mag auf den ersten Blick einleuchtend erscheinen. Der Ersterwerber hat 100 Lizenzen, von denen er 20 nicht benötigt. Der Zweiterwerber hat nur 80 Lizenzen, benötigt aber 20 weitere Lizenzen. Dieser Geschäftsidee steht die h.M. äußerst kritisch gegenüber. Bei einem reinen Rechteübergang hat der Erwerber keinen Anspruch darauf, Vervielfältigungen zu produzieren. Dieses Recht unterliegt der Zustimmung des Urhebers. Die Verfechter dieser Überzeugung bringen stets das Beispiel, dass ein Zweiterwerber, der eine Raubkopie in Besitz hat, die er nicht nutzen darf, d.h. in den Arbeitsspeicher kopieren darf, durch den Erwerb einer Lizenz, wenn diese denn ein Vervielfältigungsrecht beinhalten würde, berechtigt würde, die Raubkopie nun zu nutzen, d.h. in den Arbeitsspeicher zu kopieren. Dieses Ergebnis sei nicht mit dem Urheberrechtsschutz in Einklang zu bringen.

Fazit: Der Verkauf einer Master-CD, die ein Vervielfältigungsrecht enthält, ist möglich. Der Verkauf

einzelner auf der Grundlage der Master-CD erstellen Vervielfältigungen ist äußerst umstritten. Dies gilt erst Recht für den reinen Rechthehandel.

Verkauf einer Lizenz zur Nutzung durch mehrere Nutzer, ohne dass die Software verkörpert auf einem Datenträger überlassen wird. Zum Beispiel durch Übertragung eines Lizenzschlüssels

Überträgt man die oben aufgeführten Grundsätze auf diesen Sachverhalt, erschließt sich die Lösung sofort. Der vorsichtige Erst- und Zweiterwerber sollte sich vor dem Verkauf eines Lizenzschlüssels zurückhalten. Da schon beim Ersterwerber keine Verkörperung eingetreten ist, erhält der Zweiterwerber bei allen Erwerbskonstellationen (5.1 und 5.2) nach der wohl herrschenden Meinung keine Rechte.

Fazit: Es gibt die unterschiedlichsten Konstellationen des Softwareerwerbs und der Weitergabe dieser Software an Zweiterwerber. Sicher können sich aber Erst- und Zweiterwerber bei der bestehenden Rechtslage nur sein, wenn sie ein konkret überlassenes Werkstück verkaufen oder vom Ersterwerber kaufen. Der vorsichtige Zweitverwerter oder Zweiterwerber sollte bei allen anderen Veräußerungs- und Erwerbsformen die Zustimmung des Rechteinhabers einholen.

(Auszüge des Textes wurden auch veröffentlicht im IT-Rechts-Lexikon 2010)

Autor:

RAin Elisabeth Keller-Stoltenhoff
Rechtsanwältin