

„Gebrauchte“ Software – rechtlicher Rahmen und aktueller Stand

Carsten J. Diercks

Rechtsanwalt

Berlin

Schlüsselworte

„Gebrauchte“ Software, Zweiterwerb, Lizenz, Wartung, Geschäftsmodell, Urheberrecht

Einleitung

Das Geschäftsmodell von usedSoft und anderen Anbietern „gebrauchter“ Software steht bei deutschen Gerichten und dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) auf dem Prüfstand. Nach den Entscheidungen des EuGH und des Bundesgerichtshofs (BGH) ist der Zweiterwerb von Download-Software grundsätzlich möglich. Nachfolgend werden die Hintergründe der aktuellen Entscheidungen beleuchtet, die rechtlichen Grundlagen aus dem Urheberrecht aufgezeigt und untersucht, welche ökonomischen Auswirkungen sich aus Sicht von Entwicklern und Anwendern ergeben könnten.

„Gebrauchte“ Software – oder was bedeutet das auf Juristisch

Der Begriff „gebrauchte“ Software klingt nicht nur für den IT-ler, sondern auch für den Juristen schief: wie kann etwas als gebraucht gelten, was technisch kaum abnutzbar ist. Juristisch korrekt müsste man vom „Zweiterwerb“ von Software sprechen. Aber Juristen tun sich nicht nur mit dem Begriff schwer, sondern auch mit den damit verbundenen Regelungen. Hierzu gibt es teilweise seit Jahren ungeklärte Punkte, wenn nicht gar Neuland und damit stark abweichende Meinungen, gerade wenn es um den wirtschaftlich bedeutenden Bereich der Standardsoftware und die verschiedenen Interessenträger geht.

Hintergrund der Diskussionen ist hauptsächlich das nicht einfach zu verstehende Urheberrecht. Das Urheberrecht ist Jahrtausende alt und bezieht sich traditionell auf den Schutz kultureller Geistesleistungen. Was die Angelegenheit so schwierig macht, ist die Trennung der geistigen Schöpfung von ihrer materiellen Verkörperung und gleichzeitig die zwingende Einheit beider. Eine Idee allein ist nichts Greifbares und damit nicht schutzfähig. Dies ist beispielsweise aus dem Patentrecht bekannt: nur die technische Umsetzung einer neuartigen Idee ist beim Patentamt anmeldbar, nicht die Idee dahinter. Im Urheberrecht wird die Idee als geistige Schöpfung daher etwa in Werken der Literatur, der Kunst, der Wissenschaft verkörpert.

Auf Basis dieses Ansatzes kommt es dann zu weiteren Komplexitäten. So gibt es verschiedene Ansichten, wie denn der Urheber zu seinem Werk steht und wie sich seine Rechte hinsichtlich etwa der Vervielfältigung oder Verbreitung gestalten. Ausgehend vom römischen Recht, dem wir den Begriff *plagiarius* verdanken, über verschiedene Rechtsschulen hin hat sich im deutschen Urheberrecht beispielsweise der Grundsatz entwickelt, dass der (immer menschliche) Urheber untrennbar mit seinem Werk verbunden ist. Der Urheber kann daher Dritten nur Rechte, Lizenzen genannt, zur Nutzung seiner Werke einräumen. Während man etwa in der Schweiz dem Urheber auch seine Position als Urheber abkaufen kann und der Erwerber dann selbst der Urheber des bestimmten Werkes ist.

Für die Europäische Union und den Europäischen Wirtschaftsraum haben gemeinsame Richtlinien zwischenzeitlich die nationalen Rechtsrahmen harmonisiert, so dass im Binnenmarkt von vergleichbaren Regelungen ausgegangen werden kann, wenn auch nationale Regelungen und Traditionen bestehen. Diese sind aber wegen des Vorrangs des Europarechts dann im Lichte der europäischen Regelungen auszulegen. So entsteht ein Markt und eine Verkehrsfähigkeit von Werken, ohne dass jedes Mal auf nationale Regelungen zu prüfen ist.

Grundgedanke des heutigen EU-geprägten Urheberrechts ist der Schutz des Urhebers und seines Werks gegenüber Dritten. Dem wohnt – neben mehr personenbezogenen Rechten - also der Gedanke inne, dass der Urheber für die Nutzung seines Werkes durch einen Dritten einen wirtschaftlichen Gegenwert erhalten soll. Hängt sich ein Fürst ein Gemälde eines Malers auf, soll der Maler vom Fürst den Lebensunterhalt erhalten – eine Ausformung dieses Grundsatzes erfolgte vor Jahrhunderten etwa im Mäzenatentum. Voraussetzung für den Schutz ist eine gewisse Schöpfungshöhe – also Originalität. Wobei auch minderoriginelle Werke und in der Folge beispielsweise auch künstlerische Leistungen bei der Umsetzung eines Werkes, etwa bei der Aufführung eines Musikwerkes durch einen Musiker und einer Aufnahme davon, geschützt sind.

Zur Erläuterung sei hier als Beispiel ein *Buch* angeführt: Das Urheberrecht schützt hier das immaterielle Gut, den Text und damit die darin enthaltenen Ideen. Während daneben das Papier, die Druckschwärze, die Bindung als materielle Verkörperung stehen. Der Text auf der einen Seite steht dem Autor zu, das Buch als solches steht im Eigentum des Erwerbers. Wird das Buch künstlerisch vorgelesen, erwirbt der Vorleser ein Recht an den geäußerten Tönen.

Damit können hier Rechtspositionen auseinander fallen. Der Autor behält in der Regel das Recht an seinem Text, auch wenn der Erwerber das Buch zu Eigentum erwirbt. Nur unter bestimmten Ausnahmefällen kann der Erwerber auch Rechtspositionen hinsichtlich des Textes geltend machen. Diese Ausnahmen können gesetzlich geregelt sein oder sich aus dem Erwerbsvertrag ergeben – zwei weitere Ebenen der Regelung.

Der Kern des Problems – der gesetzliche Erschöpfungsgrundsatz

Auf eine dieser Ausnahmen wird ausführlich einzugehen sein: den Grundsatz der Erschöpfung. Danach ist nach § 17 Abs. 2 Urheberrechtsgesetz (UrhG; Fn 1) *das Recht des Urhebers über die Verbreitung zu bestimmen erschöpft, wenn das Original oder ein Vervielfältigungsstück des Werks mit Zustimmung des zur Verbreitung Berechtigten im Gebiet der EU oder EWR im Wege der Veräußerung in Verkehr gebracht wird*. Der Erwerber darf dann das Werk frei verbreiten; ausgenommen ist nur die Vermietung. Unter Verbreitung wird dabei das Recht verstanden, das erworbene Werk der Öffentlichkeit anzubieten oder in Verkehr zu bringen.

Mit anderen Worten: wenn das verkörperte Werk von einem Berechtigten dem Erwerber gegen Entgelt verkauft worden ist, verliert der Berechtigte das Bestimmungsrecht. Der Ersterwerber kann mit dem Werk verfahren, wie ihm beliebt, solange er es nicht vermietet. Er kann also das Werk auch an einen Dritten verkaufen. Dieser Zweiterwerber kann das Werk dann genauso nutzen, wie der Ersterwerber. Im Falle des Buches – auch außerhalb privilegierter privater Zwecke - also etwa auch verkaufen.

Computerprogramme: nicht kulturelle Geistesschöpfung, aber dem Urheberrecht unterliegend

Nach dem Willen des Gesetzgebers sollten dann auch Computerprogramme unter das Urheberrecht fallen, auch wenn sie nicht den klassischen Werken oder sonstigen schutzwürdigen Leistungen gehören. Wie auch schon Elektrizität sind auch die Bitströme von Software für Juristen keine Sachen im Sinne des Gesetzes, sondern nur ihre Verkörperung auf Datenträger kann als Sache betrachtet werden.

Mit dieser Besonderheit wurden dann in das Urheberrechtsgesetz mit den §§ 69a ff. UrhG besondere Bestimmungen für Computerprogramme eingefügt, freilich ohne genau zu definieren, was Programme sein sollen. Die Vorschriften sind gesondert eingefügt worden, weil sie einige Besonderheiten aufweisen, etwa dass hier der Urheberstatus bei Arbeits- und Dienstverhältnissen beim Arbeitgeber liegt oder die Schutzvoraussetzungen was die so genannte Schöpfungshöhe angeht, abgesenkt sind, so dass im Ergebnis in der Regel ein urheberrechtlicher Schutz bei jedem Programmcode anzunehmen ist.

Und auch das Erschöpfungsrecht ist in § 69c Nr. 3 UrhG wiederholend besonders geregelt:
Der Rechteinhaber hat das ausschließliche Recht, folgende Handlungen vorzunehmen oder zu gestatten ... jede Form der Verbreitung des Originals eines Computerprogramms oder von Vervielfältigungs-

stücken, einschließlich der Vermietung. Wird ein Vervielfältigungsstück eines Computerprogramms mit Zustimmung des Rechteinhabers im Gebiet der EU oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum im Wege der Veräußerung in Verkehr gebracht, so erschöpft sich das Verbreitungsrecht in Bezug auf dieses Vervielfältigungsstück mit Ausnahme des Vermietrechts.

Dies ist die entscheidende Norm in der Diskussion, die auf die EU-Software-Richtlinie 91/250/EWG, abgelöst durch Art 24 Abs. 2 Richtlinie zum Rechtsschutz von Computerprogrammen 2009/24/EG (Fn 2), zurückgeht. Denn bei „gebrauchter“ Software geht es juristisch um den *Zweiterwerb* von Vervielfältigungsstücken von Computerprogrammen.

Womit an dieser Stelle auch klar wird: jegliche Fälle von vermieteter oder geleaster Software unterfallen nicht dem Erschöpfungsgrundsatz, da keine Veräußerung stattfindet. Darunter wird stets nur der juristische Kauf verstanden, also die Verschaffung von Eigentum gegen Entgelt. Wobei das Eigentum „auf ewig“ verschafft wird und grundsätzlich keine Einschränkungen durch Bedingungen erfahren kann. Sachlich betrifft die Diskussion weniger Individualsoftware, denn Standardsoftware. Nur bei letzterer wird sich der entsprechende Markt darstellen lassen.

Der Erschöpfungsgrundsatz bei gekaufter Software auf Datenträger und im Download

Für den Bereich der Software auf Datenträgern wie Disketten, Bändern, CD, DVD, Sticks, Laufwerken etc. war sehr schnell geklärt, dass diese dem Erschöpfungsrecht des § 69c Nr. 3 UrhG unterliegen. Hier war – wie beim Buch – eine Verkörperung gegeben und nach dem Wortlaut des Gesetzes erhält also mit dem legalen Verkauf an den Ersterwerber dieser das weitere Verbreitungsrecht.

Dem Ansatz, dieser gesetzlichen Regelung einen Riegel vorzuschieben und in den Lizenzbedingungen auf der schuldrechtlichen Ebene Beschränkungen einzuführen, erteilte die Rechtsprechung bald eine Absage. Zur OEM-Software wurde durch den BGH im Jahr 2000 (Fn 3) entschieden, dass hier die schuldrechtlichen Regelungen zum Weiterveräußerungsverbot nicht die urheberrechtlichen und dinglichen Positionen des Ersterwerbers beeinträchtigen können. Damit war der Handel mit OEM-Versionen möglich. In einer neueren Entscheidung stellt das OLG Düsseldorf jedoch fest, dass dies nicht für Sicherungskopien der OEM-Software gelten kann, sondern nur für die rechnereigene Festplattenkopie (Fn 4).

Mit dem Fortschreiten der technischen Entwicklung stellte sich dann bald die Frage, wie mit heruntergeladener Software zu verfahren ist. D.h. in den Fällen, in denen der Software-Anbieter keine Verkörperung des Werkes auf CD oder DVD etc. zur Verfügung stellt, sondern es dem Ersterwerber ermöglicht, das Werk selbst über das Internet o.ä. auf einen Datenträger des Erwerbers zu laden. Hierzu wurden je nach Interessenlage die unterschiedlichsten Auffassungen vertreten, da § 69c Nr. 3 UrhG seinem Wortlaut nach von Veräußerung eines *Vervielfältigungsstücks* durch den Berechtigten ausgeht, ohne zu konkretisieren, ob damit nur körperliche Stücke gemeint sind.

Die aktuellen Ansichten in der deutschen Rechtsprechung

Dies war der Ausgangspunkt des Rechtsstreits zwischen usedSoft und Oracle. Das Landgericht München I und das Oberlandesgericht München (Fn 5) sahen hier Oracle im Recht und verneinten den Erschöpfungsgrundsatz bei Download-Software; § 69c Nr. UrhG sei nur auf körperlich erworbene Software anwendbar. Der Bundesgerichtshof war sich unschlüssig bei der Auslegung der europarechtlich basierten Regelungen und legte dem Europäischen Gerichtshof drei Fragen vor (Fn 6). Das Vorlageverfahren ist eine europäische Besonderheit, wenn nationale Gerichte unschlüssig in der Auslegung von Europarecht sind. Dann besteht die Möglichkeit, den EuGH mit abstrakten Rechtsfragen zu befragen. Die Entscheidung des EuGH wird anschließend vom nationalen Gericht in seiner Entscheidung berücksichtigt und gewinnt meist über den konkreten Fall hinaus abstrakt Bedeutung für andere Fälle oder Grundsätze des Rechtsbereichs. Da der EuGH bekannter Weise europarechtsfreundlich entschei-

det, ist mit seinen Entscheidungen vielfach ein Motor für die Integration der EU-Mitgliedstaaten gegeben und besonders für den Binnenmarkt und seine Beteiligten manches Mal etwas bewegt worden.

Der EuGH hat im Urteil vom 03. Juli 2012 wenig überraschend entschieden, dass der Erschöpfungsgrundsatz auch auf Download-Software anzuwenden ist (Fn 7). Es käme weniger auf die Einzelheiten der Vervielfältigung an, als darauf, dass ein rechtmäßiger Erwerb vorliege. Dies sei der Fall, wenn Software gegen Entgelt ohne zeitliche Befristung überlassen werden. Dies sei bei dem Herunterladen eines Computerprogramms und dem Abschluss des Lizenzvertrags gegeben, da dies ein unteilbares Ganzes sei. Die Online-Übertragung sei funktionell der Aushändigung eines Datenträgers entsprechend und wirtschaftliche seien beide Übertragungsformen vergleichbar. Damit sei der Ersterwerber berechtigt, die Software zu veräußern, wenn er die Software bei sich unbrauchbar mache.

Bis an die Grenzen gehend führt der EuGH dann aus, dass es in diesem Fall ebenso zulässig sei, dass der Zweiterwerber die Software (erstmalig) vom Server des Software-Anbieters herunterlade. Dies sei eine zustimmungsfreie Vervielfältigung da diese erforderlich sei, damit der Zweiterwerber die Software bestimmungsgemäß nutzen kann.

Der EuGH ging dann noch einen Schritt weiter und konstatierte praxisorientiert, dass die Download-Software nicht nur in ihrer zunächst erworbenen und heruntergeladenen Version handelbar sei, sondern sogar in der jeweils aktuellen, d.h. inklusive eventueller Aktualisierungen. Der EuGH nähert sich also dem Verkauf eines Rechts auf erneuten Download, was urheberrechtlich nicht unumstritten blieb.

Der EuGH stärkte die Rechte der Ersterwerber und konstatierte deutlich, dass ein Handel grundsätzlich möglich ist und auch von den Software-Anbietern nicht unterbunden werden dürfe. Diese könnten durch technische Möglichkeiten wie Produktschlüssel, Kundenverzeichnissen oder Audits den Handel allerdings kontrollieren und so Raubkopien vorbeugen. Ferner könnten die Anbieter die Geschäfts- und Preismodelle entsprechend gestalten, dass Weiterverkäufe eingepreist werden. Jedenfalls gelte hier die Argumentation von Oracle nicht mehr, Software kostenlos zum Download bereit zu stellen und nur die Lizenzen - und Wartungsverträge dazu - gegen Entgelt anzubieten. Auch wurde das Abtretungsverbot in den Lizenzbedingungen von Oracle als unbedeutend angesehen, da es den urheberrechtlichen Grundsätzen entgegenläuft und die Eigentumsposition aushöhle.

Der BGH hat auf das Ergebnis der Vorlagenentscheidung dann mit Urteil vom 17. Juli 2013 entschieden, die Sache an das OLG München zurück zu verweisen, damit der Sachverhalt weiter aufgeklärt wird (Fn 8). Der BGH ist insofern nur Rechtsinstanz, keine so genannte Tatsacheninstanz bei der das Gericht dann die Parteien mit Sachvortrag hört. Aus Sicht des BGH kommt es nun auf Grundlage des EuGH Urteils darauf ab, ob im konkreten Fall zeitliche unbeschränkte Lizenzen erworben und diese Computerprogramme beim Veräußerer unbrauchbar gemacht wurden. Der Streit geht also in eine neue Runde, allerdings nun in den Grenzen der Grundsätze des EuGH, an die der BGH und die anderen Gerichte in der EU gebunden sind.

Im speziellen Fall konstatierte der EuGH ferner etwas unklar, dass Lizenzen nicht unbedingt aufgespalten werden dürfen. In dem konkreten Fall ging es um eine Client-Server-Lizenz. Hier argumentiert das Gericht, dass es sich rechtlich um *eine* Lizenz handele. Diese Lizenz beziehe sich auf die serverseitige Installation. Die Client-Seite mit der Definition der zugelassenen Nutzerzugriffe sei keine gesonderte Lizenz, sondern als eine Einheit mit der Server-Seite zu betrachten. Insofern muss immer genau untersucht werden, wenn von Volumenlizenzen die Rede ist, was rechtlich dahinter verborgen ist, da Volumenlizenz kein eindeutiger rechtlicher Begriff ist.

In einem weiteren Fall hat das OLG Frankfurt am Main (Fn 9) im Anschluss an die EuGH Entscheidung nunmehr in Abweichung von seiner vorherigen Ansicht entschieden, dass bei einem Lizenzbündel, das aus mehreren Einzellizenzen besteht oder bei Lizenzmehrheiten, die aus verschiedenen Erwerbsvorgängen resultieren, solche Volumenlizenzen aufgespalten werden und verkauft werden kön-

nen. Im vorliegenden Fall käme es nicht einmal darauf an, dass der Software-Anbieter einen speziellen Preis angeboten habe und entsprechende AGB den Wiederverkauf verböten. Die Entscheidung ist aber in Revision zum BGH, Az. I ZR 8/13, und damit noch nicht klar, ob dies so Bestand haben wird. Der BGH war bisher eher der Ansicht der Software-Anbieter zugeneigt und hat den Erschöpfungsgrundsatz seiner Tradition als Ausnahme entsprechend einschränkend angewandt.

Die aktuelle Rechtslage zum Zweiterwerb von Lizenzen

Zurzeit kann daher Folgendes festgestellt werden und sollte in die Erwägungen einbezogen werden, wenn man sich mit dem Zweiterwerb beschäftigt:

- grundsätzlich ist der Zweiterwerb zulässig, wenn die Vorgaben des EuGH beachtet werden, d.h. es muss eine unbefristete Lizenz bestehen und die Software muss beim Veräußerer unbrauchbar gemacht werden;
- dies gilt nur für veräußerte Software, nicht gemietete oder anderweitig nur befristet überlassene Software;
- der Software-Anbieter kann die Veräußerung nicht untersagen, jedoch stehen ihm technische Kontrollmöglichkeiten zu, illegale Programmversionen zu unterbinden und den Verkauf zu verfolgen;
- der Veräußerer und der Käufer sind unter Umständen zu Mitwirkungshandlungen bei Kontrollsystemen des Software-Anbieters verpflichtet, etwa was Registrierungsänderungen angeht, ohne dass daraus eine de-facto Veräußerungssperre entstehen darf;
- bei Volumenlizenzen ist genau zu prüfen, ob diese aufgespalten werden dürfen. Handelt es sich um ein Bundle von Einzellizenzen oder von einzeln erworbenen Paketen von Lizenzen, ist die Aufspaltung in Einzellizenzen oder die erworbenen Pakete möglich. Liegt im rechtlichen Sinne nur eine Lizenz mit einer definierten Nutzerzahl vor, ist dies nicht zulässig;
- offen ist einstweilen das Problem, wenn Software ohne weitere Identifizierungsmerkmale zur Verfügung gestellt wird und einzelne Vervielfältigungsstücke nicht gezielt unbrauchbar zu machen sind. Hier bleibt der EuGH unklar und hat die Frage nach der Identität der veräußerten und zu löschenden Kopie offen gelassen. Es ist abzuwarten, wie sich die Rechtsprechung in diesen Fällen entwickelt;
- schuldrechtliche Einschränkungen des Zweiterwerbs im Verhältnis zum Ersterwerber etwa in den ersten Lizenzvereinbarungen stoßen an Grenzen des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen auch im kaufmännischen Geschäftsverkehr sowie des Kartellrechts, wenn marktbeherrschende Stellungen ausgenutzt werden. Sofern also entsprechende Klauseln vorhanden sind, ist deren Wirksamkeit zu prüfen;
- problematisch kann der Nachweis einer lückenlosen Erwerbskette sein, wenn der Veräußerer nicht der Ersterwerber ist. Hierbei gilt der Grundsatz, dass derjenige der sich auf eine Rechtsposition beruft, diese im Bestreitensfall beweisen muss. Dem Erwerber obliegt also der Beweis zur legalen Erwerbskette. Dazu werden in der Praxis notarielle Bestätigungen oder andere Zertifikate verwendet. Beim Erwerb ist hier ein besonderes Augenmerk auf eine lückenlose, glaubhafte Erwerbskette zu legen. Da das Interesse der Software-Anbieter dahin gehen kann, die Quellen der Software zu erfahren und so dann unter Druck zu setzen, solche Geschäfte zu unterlassen, gibt es aber auch Tendenzen, eine Beweiserleichterung zu gewähren. Auch der EuGH und der BGH haben in diesem Sinne bereits entschieden, dass der Schutz des freien Warenverkehrs eine Modifizierung der generellen Beweisregel gebietet, wenn dies einem Markeninhaber ermöglichen könnte, nationale Märkte abzuschotten und die Beibehaltung von Preisunterschieden zwischen den Mitgliedsstaaten zu begünstigen (Fn 10). Außerdem ist sicherzustellen, dass der Erwerber der *einzige* Erwerber der jeweiligen Lizenz ist;
- praktisch stellt sich die Frage, wie die erworbene Software gewartet werden soll, wenn keine vertragliche Beziehung mit dem Software-Anbieter besteht. Dieser könnte sich einem Wartungsvertrag verweigern, mit der Folge, dass ein Anspruch auf Vertragsschluss auf kartellrechtlicher Grundlage erstritten werden müsste. Ohne Wartung stellt sich jedoch gegebenenfalls die Frage nach dem Sinn des Erwerbs wegen einer mittelfristigen Entwertung der Software;
- problematisch könnten auch Fragen der Compliance werden, so dass die Anschaffung im Zweiterwerb genau zu prüfen ist. So muss die Geschäftsführung einer GmbH, der Vorstand einer AG und auch eine Behördenleitung dafür Sorge tragen, dass auf allen Systemen des Unternehmens nur lizenzierte Software genutzt wird. Ein bloßer Hinweis zum Verhalten an die Mitarbeiter reicht nicht aus, vielmehr

muss das Management sicher stellen, dass geeignete Maßnahmen getroffen werden, dass nur hinreichend lizenzierte Software installiert und eingesetzt wird. Es sind daher Organisationsmaßnahmen zu treffen, beispielsweise durch externe Prüfungen, dass der Zweiterwerb von Software rechtssicher erfolgt.

Neben dem Urheberrecht spielen im Bereich des Zweiterwerbs auch Fragen des Patent- und Markenrechts eine Rolle, die hier aber nicht weiter vertieft werden können.

Welche Optionen und Änderungen ergeben sich für die Zukunft

Welche Relevanz die - mit großer medialer Aufmerksamkeit ausgetragenen - juristischen Gefechte auf die Märkte haben werden, wird sich zeigen müssen. Eine Umfrage der Experton Group Mitte 2012 ergab, dass sich zwar 15 % der Unternehmen in den kommenden 12 Monaten mit dem Zweiterwerb aktiv beschäftigen wollten, aber lediglich 4 % die Frage mit *ja* beantworten, ob sie in der gleichen Zeit Software veräußern oder zweiterwerben wollen (Fn 11).

usedSoft sieht sein Geschäftsmodell bestätigt, befand sich jedoch einige Zeit in einem Insolvenzverfahren, das zwischenzeitlich durch eine übertragende Sanierung überstanden ist. Mit dem Eintritt von Heinrich von Pierer und Hans Olaf Henkel in den Verwaltungsrat wurden vor Kurzem prominente Wirtschaftsführer gefunden, so dass weiterhin von einem langen Atem auszugehen ist, mit dem usedSoft seit fast 10 Jahren den Zweiterwerbshandel verfolgt.

Der „Gebrauchtmarkt“ scheint durchaus interessant zu sein. So bereitet Amazon einen Marktplatz für andere digitale Inhalte als Bücher und Musik vor und hat sich in den USA 2009 ein entsprechendes Patent gesichert.

Während auf Händlerseite die Schaffung eines funktionierenden Marktes erreicht werden soll, ist auf der Seite der Software-Anbieter die gegenteilige Überlegung angesagt, durch Minimierung des Anwendungsbereichs des Erschöpfungsgrundsatzes zur Wahrung der Geschäfts- und Erlösmodelle beizutragen. Verschiedene Entwicklungen hin zu miet- und servicebasierten Geschäftsmodelle sind hier erkennbar, um Lizenzkäufe zu vermeiden. Mit der Hinwendung zum Cloud-Computing wird ohnehin eine teilweise Abkehr von den Kaufmodellen verbunden sein, da die Cloud-Umgebungen regelmäßig auf Mietbasis zur Verfügung gestellt werden.

Im Zuge dessen hat Adobe, beteiligt an dem oben aufgeführten Rechtsstreit zu Volumenlizenzen, seine neuesten Versionen der Kreativprogramme vom Kaufmodell auf ein monatliches Mietmodell umgestellt. Unter der Bezeichnung Abonnement wird hier nun eine temporäre Lizenz gewährt, so dass die Grundsätze der Erschöpfung nicht mehr anzuwenden sind.

Eine weitere mögliche Entwicklung wäre die Verbindung der Nutzung der Software mit einem Nutzerkonto. In diesem Fall wäre die Weiterveräußerung unterbunden, wenn die Übertragung des Nutzerkontos ausgeschlossen wird. Für Computerspiele hat der BGH dies im Jahr 2010 (Fn 12) als zulässig angesehen. Der EuGH hat in seiner Entscheidung etwa auf dieser Linie argumentiert. Insofern ist anzunehmen, dass auch zukünftige gerichtliche Entscheidungen auf dieser Linie liegen werden.

Die Software-Anbieter verweisen zum Zweiterwerb immer wieder darauf, dass durch das Entstehen eines breiten Zweitmarktes die Kalkulationsgrundlagen dahingehend beeinflusst würden, dass der Ersterwerb verteuert werden müsse. Allerdings ergeben sich durch den Gebrauchmarkt auch neue Möglichkeiten, etwa selbst als Anbieter für Zweiterwerber aufzutreten und Services anzubieten. Wegen der ohnehin breiten Spanne an verschiedenen Softwareverträgen mit Wartungs- und Serviceelementen wären hier Geschäftsmodelle gegeben, trotz abwandernder Lizenz weiter aus Services Erlöse zu generieren; wobei sich die Services von denen für die Ersterwerber unterscheiden könnten.

Die Auswirkungen des EuGH Urteils werden auch in den Bereichen des digitalen Contents diskutiert, wie also beispielsweise eBooks, Hörbücher, etc. Wie oben dargestellt, unterliegen diese anderen, teils leicht abweichenden Regelungen.

Die Diskussion in den beteiligten Wirtschaftskreisen zieht sich auch in die politische Ebene. So hat die Europäische Kommission einige Initiativen in verschiedenen Bereichen des Urheberrechts gestartet, um die Gesetzgebung an die Erfordernisse des digitalen Zeitalters anzupassen. In verschiedenen Konsultationsverfahren mit allen Beteiligten werden Konzepte für die Rechtssetzung entwickelt. So ist der Fokus zwar momentan sehr auf digitale Inhalte. Jedoch wird im Rahmen des Schwerpunkts Binnenmarktpolitik der aktuellen Kommission die Querverbindung zur Diskussion im Urheberrecht bei Download-Software sicher gesehen und diskutiert werden. Eine Diskussion, die dem Ansatz der Europapolitik dann entsprechend ebenfalls in einem eventuellen Gesetzgebungsverfahren mit den Beteiligten geführt wird, bevor im formellem Verfahren das Europäische Parlament und der Rat tätig werden.

Fundstellen

- 1 UrhG Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte
- 2 Richtlinie Rechtsschutz von Computerprogrammen 2009/24/EG
- 3 BGH I ZR 244/97 Urteil vom 06. Juli 2000
- 4 OLG Düsseldorf I-20 U 247/08 Urteil vom 29. Juni 2009
- 5 LG München I 7 O 7061/06 Urteil vom 15. März 2007; OLG München 6 U 2759/07 Urteil vom 03. Juli 2008
- 6 BGH I ZR 129/08 Beschluss vom 03.02.2011 – UsedSoft I
- 7 EuGH C-128/11 Urteil vom 03. Juli 2012
- 8 BGH I ZR 129/08 Urteil vom 17. Juli 2013 UsedSoft/Oracle
- 9 OLG Frankfurt am Main 11 U 68/11 Teil-Urteil vom 18. Dezember 2012
- 10 EuGH C-305/00 Urteil vom 10. April 2003; BGH I ZR 193/07 Urteil vom 23. Oktober 2003
- 11 Umfrage Experton Group 2012 unter 138 Unternehmen
- 12 BGH I ZR 178/08 Urteil vom 11. Februar 2010

Hinweis

Mit den Ausführungen im Vortrag wird die generelle Rechtslage dargestellt. Dies kann eine Beratung im Einzelfall nicht ersetzen. Ein Haftung für die gegebene Information besteht daher nicht.

Der Autor ist selbständig tätig und dabei auch Syndikus der DOAG Deutsche Oracle-Anwendergruppe e.V. Er steht weder indirekt noch direkt in einem Verhältnis zu usedSoft Deutschland GmbH oder deren verbundener Unternehmungen oder anderen Zweiterwerbshändlern.

Genannte Marken und Unternehmenskennzeichen stehen ausschließlich den Unternehmen zu.

Alle Informationen auf Stand der Einreichung am 13. September 2013.

Kontaktadresse:

Carsten J. Diercks
Rechtsanwalt
Düsseldorfer Straße 12
D-10719 Berlin

Telefon: +49 (0) 30-88704977
Fax: +49 (0) 30-88704978
E-Mail: CJ@DiercksRechtsanwalt.de
Internet: www.DiercksRechtsanwalt.de