



Microsoft Deutschland GmbH
Konrad-Zuse-Straße 1
85716 Unterschleißheim
Telefon: +49 (0)89/3176-0
Telefax: +49 (0)89/3176-1000
www.microsoft.com/germany

Microsoft Deutschland GmbH · Konrad-Zuse-Str.1 · 85716 Unterschleißheim

Unterschleißheim, 30. November 2015

Sehr geehrte Partner und Kunden,

Microsoft erhält seit geraumer Zeit Anfragen zur Zulässigkeit des Vertriebs und der Nutzung von sogenannter gebrauchter Software. Es wird eine Vielzahl von unterschiedlichen Produkten und Lizenzen als gebrauchte Software angeboten. Zudem sind mittlerweile verschiedene Entscheidungen zu gebrauchter Software ergangen. Wir möchten Sie daher im Folgenden darüber informieren, unter welchen Voraussetzungen der Handel und die Nutzung von gebrauchter Software grundsätzlich zulässig ist:

Aus dem Urheberrecht ergibt sich, dass ein Computerprogramm auch ohne Zustimmung des Rechteinhabers weiterverbreitet werden darf, wenn die Programmkopie zuvor vom Rechteinhaber in der EU oder einem anderen Vertragsstaat des EWR im Wege der Veräußerung in den Verkehr gebracht worden ist. Denn unter diesen Umständen ist das sog. Verbreitungsrecht des Rechteinhabers „erschöpft“.

In Ergänzung dessen haben der Europäische Gerichtshof (*EuGH, Urteil vom 03. Juli 2012, Az. C-128/11, veröffentlicht in NJW 2012, 2565*) und im Anschluss daran der Bundesgerichtshof (*BGH, Urteil vom 17. Juli 2013, Az. I ZR 129/08, veröffentlicht in NJW-RR 2014, 360*) in der Sache *HHS usedSoft GmbH vs. Oracle International Corp.* klargestellt, dass

- auch solche Software gebraucht weiter verbreitet werden darf, die vom Rechteinhaber zuvor online in den Verkehr gebracht worden ist und dass
- jeder Erwerber einer „erschöpften“ Programmkopie berechtigt ist, die erworbene Programmkopie zu nutzen, da er – unabhängig von etwaigen Bestimmungen im zugrundeliegende Lizenzvertrag – „berechtigter Benutzer“ im Sinne des § 69d Abs. 1 UrhG ist.

Darüber hinaus haben der EuGH und der BGH in den besagten Entscheidungen die Voraussetzungen für den Eintritt der Erschöpfung und für die Erlangung des gesetzlichen Nutzungsrechts nach § 69d UrhG konkretisiert. Es wurde zudem klargestellt, dass derjenige, der sich auf die Erschöpfung des Verbreitungsrechts beruft, die volle Beweislast dafür trägt, dass die im Folgenden aufgeführten Voraussetzungen erfüllt sind:

1. Die Software muss ursprünglich mit Zustimmung des Rechteinhabers im Gebiet der EU oder eines anderen Vertragsstaates des EWR im Wege der Veräußerung in den Verkehr gebracht worden sein (entweder auf einem körperlichen Datenträger oder per Download).

Bankverbindung
Citibank Frankfurt
IBAN: DE84 5021 0900 0211 1681
29
BIC: CITIDEFF

Geschäftsführer:
Alexander Stüger (Vorsitzender)
Alastair N. Bruce
Benjamin O. Orndorff
Keith Dolliver

Amtsgericht München
HRB 70438
USt-IdNr. DE 129415943

2. Das Nutzungsrecht an dem Computerprogramm muss eingeräumt worden sein als Gegenleistung für die Zahlung eines Entgelts, das es dem Rechteinhaber ermöglichen soll, eine Vergütung zu erzielen, die dem wirtschaftlichen Wert der Kopie der Software entspricht (wobei es ausreichend ist, dass der Rechteinhaber die Möglichkeit hatte, eine solche angemessene Lizenzgebühr zu erzielen).
3. Der Rechteinhaber hat dem Ersterwerber das Recht eingeräumt, das Computerprogramm ohne zeitliche Begrenzung dauerhaft (unbefristet) zu nutzen; nicht ausreichend ist eine Vermietung oder eine zeitliche Befristung des Nutzungsrechts.
4. Verbesserungen und Aktualisierungen, die das vom Nacherwerber heruntergeladene Computerprogramm gegenüber dem vom Ersterwerber heruntergeladenen Computerprogramm aufweist, müssen von einem zwischen dem Rechteinhaber und dem Ersterwerber abgeschlossenen Wartungsvertrag gedeckt sein.
5. Der ursprüngliche Lizenznehmer muss seine Kopien des Computerprogramms zum Zeitpunkt des Weiterverkaufs unbrauchbar gemacht haben, wobei der Nachweis der Unbrauchbarmachung der Kopien des Ersterwerbers nicht durch Notartestate erbracht werden kann, aus denen sich lediglich ergibt, dass dem Notar eine Erklärung des ursprünglichen Lizenznehmers vorgelegen hat, wonach er rechtmäßiger Inhaber der Lizenzen gewesen sei, diese nicht mehr benutze und den Kaufpreis vollständig bezahlt habe.

Bei Vorliegen dieser Voraussetzungen erwirbt der Nacherwerber ein gesetzliches Nutzungsrecht, aufgrund dessen er berechtigt ist, die Software im Rahmen der „bestimmungsgemäßen Benutzung“ im Sinne von § 69d Abs. 1 UrhG zu nutzen. Da sich nach dem Urteil des BGH vom 17.07.2013 (Az. I Z 129/08) diese „bestimmungsgemäße Benutzung“ aus dem ursprünglich Lizenzvertrag zwischen dem Rechteinhaber und dem Ersterwerber ergibt, muss der Verkäufer der gebrauchten Software darlegen und beweisen, dass er dem Kunden alle Informationen, die notwendig sind, um den Umfang der „bestimmungsgemäßen Benutzung“ festzustellen, zur Verfügung gestellt hat.

Nachdem der Fall *HHS usedSoft GmbH vs. Oracle International Corp.* zur weiteren Aufklärung an das Oberlandesgericht (OLG) München zurückverwiesen wurde, gab der beklagte Insolvenzverwalter von usedSoft am Ende der mündlichen Verhandlung vor dem OLG München hinsichtlich aller vorgeworfenen Verletzungshandlungen Unterlassungserklärungen ab. Später hat er die Berufung sogar insgesamt zurückgenommen. Das OLG München stellte in seiner abschließenden Entscheidung vom 02.03.2015 fest, dass der Beklagte seiner Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich des behaupteten Eintritts der Erschöpfung „nicht im Ansatz nachgekommen“ sei (OLG München, Beschluss vom 02.03.2015, Az.: 6 U 2759/07). Oracle hat das Verfahren somit abschließend gewonnen und dem Beklagten wurden die Verfahrenskosten auferlegt.

Die oben genannten Grundsätze zum Erwerb und zur Nutzung von gebrauchter Software, einschließlich der Beweislastverteilung, hat der BGH in zwei nachfolgenden Entscheidungen bestätigt (*BGH, Urteil vom 11.12.2014, Az.: I ZR 8/13*; *BGH, Urteil vom 19.03.2015, I ZR 4/14*). Ergänzend stellte er in der erstgenannten Entscheidung

klar, dass zwar nicht alle Regelungen aus dem ursprünglichen Lizenzvertrag automatisch auch für die Nacherwerber gelten. Es gehöre aber zu den Sorgfaltspflichten des Veräußerers, den Nacherwerber in geeigneter Weise über die Rechte aus dem ursprünglichen Lizenzvertrag zu informieren und ihm beispielsweise den Lizenzvertrag auszuhändigen. Der BGH entschied auch, dass Volumenlizenzen aufgespalten werden dürften, es sei denn, es handelt sich um Client-Server-Architekturen (BGH, Urteil vom 11.12.2014, Az.: I ZR 8/13).

Im Zusammenhang mit gebrauchter Software ist folglich insbesondere zu beachten, dass

- derjenige, der behauptet, gebrauchte Nutzungsrechte erworben zu haben, den Erwerb der Rechte konkret dargetun und beweisen muss (so schon OLG Frankfurt, Entscheidung vom 18.05.2010, Az.: 11 U 69/09 m.w.N.) und
- der Umfang der Nutzungsbefugnis des Erwerbers vom ursprünglichen Lizenzvertrag abhängt, wobei bisher unklar ist, welche der Klauseln aus dem ursprünglichen Lizenzvertrag gelten und welche nicht.

Jeder, der Microsoft-Produkte verkauft oder nutzt, muss hierzu berechtigt sein, wobei sich die Berechtigung auch aus dem Vorliegen der genannten Erschöpfungsvoraussetzungen ergeben kann. Der unberechtigte Verkauf bzw. die unberechtigte Nutzung begründet eine Haftung gegenüber Microsoft und zwar unabhängig davon, ob eine Rechtsverletzung vorsätzlich oder fahrlässig begangen wurde. Vor diesem Grund empfiehlt Microsoft, die Herkunft als gebraucht angebotener Software genau zu prüfen und Software von vertrauenswürdigen Quellen zu erwerben.

Beste Grüße



Dr. Dirk Bornemann
Head of Legal and Corporate Affairs
Mitglied der Geschäftsleitung