

IT Briefing

Gebrauchte Software und kein Ende

Am 3. Februar hat der Bundesgerichtshof (BGH) seine lang erwartete Entscheidung zu Fragen der Zulässigkeit des Handels mit gebrauchter Software verkündet (I ZR 129/08). Allerdings war die Enttäuschung der Verfahrensbeteiligten groß, als der BGH nicht in der Sache entschied, sondern stattdessen dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) einen Teilaspekt des Streites zur Vorabentscheidung vorlegte. Damit wird es voraussichtlich noch weitere ein bis zwei Jahre dauern, bis hoffentlich Rechtssicherheit beim Handel mit "gebrauchter" Software erreicht sein wird.

Das Verfahren

Gegenstand des Verfahrens, welches in Teilaspekten nunmehr den Gerichtshof in Luxemburg beschäftigen wird, ist ein seit mehreren Jahren erbittert geführter Rechtsstreit zwischen dem Datenbankhersteller Oracle und dem Gebrauchtsoftwarehändler UsedSoft. In der Sache geht es um die Zulässigkeit des Weitervertriebs gebrauchter Einzel-Lizenzen aus Volumenlizenzen. Diese hatte Oracle seinen Kunden per Download zur Verfügung gestellt, eine Weiterübertragung in den Lizenzbedingungen ausdrücklich verboten. Das Landgericht München (Urteil vom 15.3.2007 – 7 O 7061/06) hatte UsedSoft das Bewerben und Anbieten der Lizenzen untersagt. Die Entscheidung war vom Oberlandesgericht München (Urteil vom 3.7.2008 – 6 U 2759/07) bestätigt worden. Es sah die Sache so klar, dass es die Revision zum BGH oder eine Vorlage an den EuGH nicht zugelassen hatte. Eine Nichtzulassungsbeschwerde von UsedSoft hiergegen hatte Erfolg, so dass der BGH im September vergangenen Jahres in der Sache verhandelt hatte.

Dass der BGH die Angelegenheit trotz der eingehenden Verhandlung nunmehr an den EuGH verwiesen hat, ist auch vor dem Hintergrund einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts im September letzten Jahres zu sehen. Dieses hatte in anderer Sache einer Verfassungsbeschwerde stattgegeben, weil sich der, ebenfalls mit dem vorliegenden Streit befasste Senat des BGH nicht mit der Frage der Vorlage an den EuGH

auseinandergesetzt hatte (Urteil vom 30.8.2010 - BvR 1631/08).

Der Erschöpfungsgrundsatz

Zwei der vorgelegten Fragen befassen sich mit der Reichweite des sog. Erschöpfungsgrundsatzes. Dieser besagt, dass der Rechtsinhaber (in der Regel der Hersteller), der eine Kopie eines Computerprogramms in den Europäischen Wirtschaftsraum verkauft, den weiteren Vertrieb derselben nicht mehr wirksam mit Verweis auf seine Urheberrechte verbieten kann (§ 69c Nr. 3 Urhebergesetz). Die Regelung wurde 1993 in Umsetzung der Computerprogramm Richtlinie (Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG) in das deutsche Urhebergesetz eingefügt. Zielrichtung der Vorschrift ist die Gewährleistung der Freiheit des Warenverkehrs als einer der Grundfreiheiten des Binnenmarktes.

Umstritten ist, ob Erschöpfung auch an einem per Download bezogenen Computerprogramm eintreten kann, da in diesem Fall der Rechtsinhaber keine Programmkopie verkauft, sondern diese erst nach Veräußerung von dem Erwerber hergestellt wird. Das Landgericht München hatte eine entsprechende Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes mit Verweis auf europäisches Recht abgelehnt, da Erschöpfung nur an einem Werk eintreten könne, welches in einem Gegenstand (einer Ware) verkörpert sei. In dem streitgegenständlichen Fall sollte der Ersterwerber aber auch nicht das von ihm nach dem Herunterladen hergestellte Vervielfältigungsstück (oder zumindest eine Kopie desselben) weitergeben, sondern dem Zweiterwerber lediglich das Nutzungsrecht an der Software übertragen. Die für die Nutzung erforderliche Kopie der Software hätte sich der Zweiterwerber selbst anderweitig beschaffen müssen. Diese Vorgehensweise ist nach Auffassung des Landgerichts München ebenfalls nicht mehr von dem Erschöpfungsgrundsatz gedeckt: Nach dem Urheberrecht dürfen Nutzungsrechte grundsätzlich nur mit Zustimmung des Rechtsinhabers weiter übertragen werden. Dieser Grundsatz würde durch Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes auf Nutzungsrechte, welche völlig losgelöst von Vervielfältigungsstücken des Computerprogramms übertragen werden, unzulässig ins Gegenteil verkehrt.

Die dem EuGH vorgelegten Fragen

Der BGH ist nunmehr zu der Auffassung gelangt, dass die vorstehenden Fragen nicht abschließend durch ein deutsches Gericht beantwortet werden können. Die streitentscheidenden Vorschriften beruhen auf europäischem Recht, dessen einheitliche Auslegung innerhalb des Binnenmarktes durch den EuGH sichergestellt werden muss.

Die erste durch den BGH vorgelegte Frage zielt auf die Feststellung durch den EuGH ab, dass sich nicht nur derjenige zur Nutzung des Programms berechtigt ist, der sein Nutzungsrecht unmittelbar von dem Rechteinhaber ableitet (vorliegend also der ursprüngliche Lizenznehmer). Vielmehr soll auch derjenige zur Nutzung des Computerprogramms berechtigt sein, der sich wirksam auf "Erschöpfung" berufen kann, vorliegend also der Erwerber der gebrauchten Oracle-Lizenzen.

Die im Anschluss formulierte Frage trifft den Kern der Diskussion, ob nämlich Erschöpfung auch an der Kopie der Software eintreten kann, die der Erwerber nach Herunterladen des Programms aus dem Internet durch Speicherung (auf einem Datenträger oder der Festplatte) herstellt. Während die schriftliche Entscheidungsbegründung lediglich die hierzu vertretenen Auffassungen in Literatur und Rechtsprechung wiedergibt, legte der Vorsitzende Richter in der mündlichen Erörterung dar, dass zumindest die wirtschaftliche Vergleichbarkeit als Argument für eine entsprechende Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes herangezogen werden könne. Würde der EuGH eine Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes auf Software, welche im Wege des Downloads bezogen wurde, bejahen, so wäre damit die von dem Erwerber mit Zustimmung des Rechteinhabers nach dem Online-Bezug hergestellte Programmkopie handelbar, könnte also "gebraucht" an einen Zweiterwerber übertragen werden. Allerdings würde zunächst Erschöpfung nur für die erstmalige Verkörperung (Speicherung) eintreten. Damit könnte Software praktisch nur dann weiterveräußert werden, wenn die erste Speicherung auf einem handelbaren Medium, etwa einer CD-ROM erfolgt. Bei einer erstmaligen Verkörperung auf der Festplatte müsste entsprechend diese an den Zweiterwerber übergeben werden. Dies ist jedoch nicht praktikabel. Damit drängt sich die Frage nach einer weiteren Ausdehnung des Erschöpfungsgrundsatzes auf Kopien der Software auf, die der Ersterwerber herstellt, um die Programmkopie, an der sich das Verbreitungsrecht des Herstellers erschöpft hat, auch faktisch weiter übertragen zu können. Diese Frage hat der BGH nicht vorgelegt und eine eindeutige Antwort hierauf kann auf der Grundlage der bislang ergangenen Rechtsprechung nicht gegeben werden.

Die dritte dem EuGH vorgelegte Frage betrifft die Besonderheit des zu entscheidenden Rechtsstreits, bei dem überhaupt keine Kopie der Software von dem Erst- an den Zweiterwerber übergeben werden, sondern lediglich ein Nutzungsrecht übertragen werden sollte. Hier hat der BGH klargestellt, dass er in Übereinstimmung mit den Vorinstanzen diesen Vorgang nicht mehr von dem Erschöpfungsgrundsatz gedeckt sieht. Da der Zweiterwerber nicht die von dem Ersterwerber hergestellte Kopie nutzt, sondern eine zusätzliche, von ihm selbst gefertigte, greift er in das Vervielfältigungsrecht des Herstellers ein, also das Recht zu bestimmen, ob zusätzliche Vervielfältigungsstücke des Computerprogramms hergestellt werden. Dieses Recht kann sich grundsätzlich nicht erschöpfen.

Hätte der BGH selbst entschieden, so hätte er wohl mit diesem Argument letztlich die Revision von UsedSoft zurückgewiesen. Es bleibt abzuwarten, ob der EuGH eine ähnliche Sicht der Dinge hat, und wie im Anschluss die Entscheidung des BGH unter Berücksichtigung der europarechtlichen Dimension aussehen wird.

Zulässigkeit der Aufteilung von Volumenlizenzen weiterhin unklar

Weiterhin ungeklärt ist die Frage nach der Zulässigkeit der Aufteilung von Volumenlizenzen. Hierzu hat der BGH sich nicht geäußert, so dass sich auch bis auf weiteres die gegensätzlichen Auffassungen der vorstehend zitierten Entscheidung des Landgerichts München einerseits und der Landgerichte Hamburg (Urteil vom 29.6.2006 – 315 O 343/06) und München (Urteil vom 28.11.2007 – 30 O 8684/07) andererseits gegenüberstehen. Nach den beiden zuletzt genannten Urteilen ist das im Rahmen einer Volumenlizenz eingeräumte einzelne Nutzungsrecht wie ein eigenständig zu beurteilendes Vervielfältigungsstück der Software zu behandeln. Durch die Einräumung von Nutzungsrechten entsprechend dem jeweiligen Volumenlizenzvertrag hat sich das Verbreitungsrecht des Herstellers in Bezug auf jedes einzelne eingeräumte Nutzungsrecht erschöpft. Nach dieser Auffassung wäre also eine Aufteilung von Volumenlizenzen und ein Weiterverkauf von Einzel-Lizenzen zulässig.

Demgegenüber lehnt das Landgericht München in der eingangs zitierten Entscheidung die Zulässigkeit einer Entbündelung von Volumenlizenzen ab, da es sich bei einem Volumenlizenzvertrag um eine einheitliche Nutzungsberechtigung handele.

Fazit

Die bis zu einer Entscheidung des BGH bestehende Rechtsunsicherheit macht es weiterhin erforderlich, jeden einzelnen Lizenzvertrag daraufhin zu prüfen, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Weiterübertragung auf einen Zweitlizenznehmer rechtlich möglich ist. Weiterhin unproblematisch bleibt selbstverständlich die Übertragung der "gebrauchten" Softwarelizenzen in Abstimmung mit dem Hersteller.

Kontakt



Dr. Anna-Katharina Lohbeck
Counsel

T: +49 (0)69 97 11 28 86
E: anna-katharina.lohbeck@ashurst.com

Diese Publikation stellt keinen abschließenden Überblick über alle Entwicklungen gesetzlicher und praktischer Art dar und befasst sich auch nicht mit allen Aspekten der hier angeführten Entwicklungen. Der Leser sollte sich rechtlich beraten lassen, bevor er die hier enthaltenen Informationen auf bestimmte Sachverhalte oder Transaktionen anwendet. Falls Sie weitergehende Informationen wünschen, wenden Sie sich bitte unter folgender Anschrift an uns: Ashurst LLP, OpernTurm, Bockenheimer Landstraße 2-4, 60306 Frankfurt am Main T: +49 69 97 11 26 F: +49 69 97 20 52 20; Ashurst LLP, Prinzregentenstraße 18, 80538 München T: +49 89 24 44 21 100 F: +49 89 24 44 21 101 www.ashurst.com.

Ashurst LLP und die mit ihr verbundenen Sozietäten firmieren unter dem Namen Ashurst. Ashurst LLP ist eine Partnerschaft mit beschränkter Haftung nach englischem Recht. Sie ist eingetragen im Companies House für England und Wales unter der Nummer OC330252 und unterliegt unter anderem den Regeln der Solicitors Regulation Authority of England and Wales. Der Begriff "Partner" bezeichnet die Teilhaber von Ashurst LLP sowie deren Angestellte oder Berater mit entsprechendem Status und entsprechender Qualifikation. Weitere Informationen zu Ashurst LLP und den mit ihr verbundenen Sozietäten finden Sie unter www.ashurst.com.
© Ashurst LLP 2011 Ref:1750646 09 March 2011