

meyer // meisterernst

rechtsanwälte

meyer/meisterernst · Sophienstraße 5 · D-80333 München

usedSoft GmbH
Herrn Peter Schneider
Rosenstraße 7

80331 München

München, 28. Januar 2003

Kurzgutachten

betreffend den Vertrieb gebrauchter Software

meyer // meisterernst

Sophienstraße 5
D-80333 München

Fon ++49(0)89-51 55 63-3
Fax ++49(0)89-34 30 22
www.meyer-meisterernst.de
info@meyer-meisterernst.de

Bankverbindung:
Bankhaus Reuschel & Co
Konto-Nr. 2580810
BLZ 700 303 00

Dr. Alfred Hagen Meyer
Andreas Meisterernst*
Dr. Andreas Reinhart
*auch Fachanwalt für Verwaltungsrecht



I. Gutachtensauftrag

Im Auftrag der usedSoft GmbH soll überprüft werden, welche wesentlichen spezifischen lizenzrechtlichen Voraussetzungen für den Vertrieb gebrauchter Software gelten.

II. Rechtsnatur der zugrunde liegenden Verträge

Wird Software, dann meist Individualsoftware, nur auf Zeit überlassen, handelt es sich um einen Mietvertrag. Wesenszug einer mietvertraglichen Regelung ist dabei im Unterschied zur entgeltigen Übertragung, dass nach Ende der Mietzahlungen die Software an den Hersteller und/oder Vertriebspartner zurückgegeben werden muss. Die so gemietete Software ist nicht ohne Weiteres auf Dritte übertragbar. Hierbei handelt es sich allerdings nicht um den Regelfall. Standardsoftware wird jedoch i. d. R. gegen einmaliges Entgelt übertragen. Soll die Software dabei endgültig bei dem Erwerber verbleiben, handelt es sich i. d. R. um einen Kaufvertrag.

Gegenstand Ihres Geschäftsbetriebs soll letztendlich nur die Weiterveräußerung von Standardsoftware sein. Der Bundesgerichtshof sieht einen derartigen Vertrag, bei dem das Programm letztendlich bei dem Erwerber verbleiben soll, i. d. R. als Kaufvertrag an (vgl. BGH NJW 1990, 320, 321, **Anlage 1**), auch dann, wenn die Standardsoftware ohne einen Datenträger übertragen wird, in dem das Programm verkörpert wird (vgl. BGH, aaO). Dabei legt der BGH sich allerdings nicht endgültig fest, ob es sich um eine unmittelbare oder „zumind. entsprechende Anwendung“ von Kaufvertragsrecht handelt (siehe so z. B. BGH CR 1988, 126; CR 1990, 386; CR 1990, 708; CR 1993, 204; CR 2000, 208).

Teile der Literatur wollen hingegen eigene vertragstypologische Bestimmungen vornehmen (so z. B. Hilty, Der Softwarevertrag – ein Weg in die Zukunft, MMR 2003, 3 ff.; demgegenüber allerdings z. B. Marly, Softwareüberlassungsverträge, 3. Auflage, 165 ff.).

Nach überwiegender Auffassung in Rechtsprechung und Lehre ist demnach auf Standardsoftwareverträge Kaufrecht anwendbar, unabhängig davon, ob die betreffenden Verträge von Herstellern als Lizenzverträge bezeichnet werden (vgl. Marly, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 169; BGH NJW 1990, 320).

Diese typologische Einordnung des Softwareüberlassungsvertrags hat Auswirkungen hinsichtlich möglicher allgemeiner Vertragsbedingungen der Hersteller; des Weiteren ergeben sich hieraus Auswirkungen auf die Rechtswirkungen des erstmaligen Inverkehrbringens.

III. Weiterveräußerungsverbote des Herstellers

Beschränkungen des Herstellers sind grundsätzlich in zweierlei Hinsicht denkbar: Zum einen könnte bereits die Übertragung der Software so ausgestaltet werden, dass ein weiterer Vertrieb nur unter Beschränkung oder gar nicht möglich ist, zum anderen könnte bei der Übertragung des Eigentums an der Software mit der Erwerber ein schuldrechtlicher Vertrag geschlossen werden, der zu Beschränkungen rein schuldrechtlicher Art bei der Weiterveräußerung führt.



Hinsichtlich der Ausgestaltung des dinglichen Weiterveräußerungsrechts, der Verfügungsbefugnis über das erworbene Gut Software, ist die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 06.07.2000 grundlegend (NJW 2000, 3571, **Anlage 2**). Gemäß § 69 c Nr. 3 Satz 2 UrhG, der auf entsprechenden Bestimmungen in Art. 4 c Satz 2 der Richtlinie 91/250/EWG über den Rechtsschutz von Computerprogrammen beruht, tritt mit dem erstmaligen rechtmäßigen Inverkehrbringen von Software im Gebiet der Europäischen Union oder eines Vertragsstaats des europäischen Wirtschaftsraum eine Erschöpfung des Urheberrechts ein (urheberrechtlicher Erschöpfungsgrundsatz). In dem zu entscheidenden Streitfall ging es um sog. OEM-Lizenzen der Fa. Microsoft, die nach deren Lizenzbedingungen nur zusammen mit neuer Computerhardware vertrieben werden durften. Der Bundesgerichtshof stellte sich auf dem Standpunkt, dass eine isolierte Weiterveräußerung der Software – ohne neue Hardware – unter dem Blickwinkel der urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatzes kein Urheberrechtsverstoß darstellt:

„Aufgrund dieses mit Zustimmung der Klägerin erfolgten Inverkehrbringens hat sich das Verbreitungsrecht der Klägerin erschöpft. Die nachfolgende Veräußerungshandlung – die Veräußerung der Programmkopie durch den Zwischenhändler an die Beklagte sowie die streitgegenständliche Weiterveräußerung durch die Beklagte an einen Kunden – bedurften nicht mehr der Zustimmung der Klägerin. Sie ist daher auch daran gehindert, diese Weiterverbreitungshandlungen davon abhängig zu machen, dass sie den von ihr aufgestellten Bedingungen für den OEM-Vertrieb entsprechen.“

Diese Konstellation greift regelmäßig auch beim Vertrieb gebrauchter Software, wenn die betreffende Software zunächst von einem Unternehmen oder einer Privatperson rechtmäßig, also mit Zustimmung des Herstellers, erworben wurde. Eine Weiterverbreitung kann dabei mit dinglicher Wirkung nicht untersagt werden (ebenso OLG Frankfurt/Main, CR 1999, 7; OLG Frankfurt/Main, NJW-RR 1997, 494, **Anlage 3**; Oberlandesgericht Düsseldorf, CR 1999, 150, **Anlage 4**).

Etwas anderes könnte demnach nur dann gelten, wenn die betreffende Software nicht mit Zustimmung des betreffenden Unternehmens in dem genannten Gebiet in Verkehr gebracht worden ist. Vertraglich könnten derartigen Beschränkungen etwa authorized resellers unterliegen. Derartige Bestimmungen in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen gegenüber Endkunden wären jedoch unzulässig (siehe hierzu unten). Der BGH, aaO, 3573, führt hierzu an:

„Der Klägerin bleibt es im Rahmen des Kartell und AGB-rechtlichen Zulässigen unbenommen, ihre Vertragspartner vertraglich zu binden und sie zu verpflichten, bestimmte Verwendungsbeschränkungen an ihre jeweiligen Vertragspartner weiter zu geben [...]. Die von der Klägerin erstrebte Beschränkung der Erschöpfungswirkung liefe demgegenüber darauf hinaus, dass die vertraglich eingegangenen Bindungen nicht nur inter partes, sondern gegenüber jedermann Wirkung entfalten könnten. Eine derartige Verdinglichung schuldrechtlicher Verpflichtungen ist dem deutschen Recht fremd; sie ist auch im Interesse der Verkehrsfähigkeit nicht erwünscht [...]. Im Übrigen ist nicht erkennbar, weshalb die Klägerin darauf angewiesen ist, die vereinbarten Verwendungsbeschränkungen ungeachtet vertraglich auferlegter Verpflichtungen gegenüber jedermann durchzusetzen. Ihr Interesse, gegenüber zwei verschiedenen Käufergruppen unterschiedliche Preise für dieselbe Ware zu fordern und dies mit Hilfe



des Urheberrechts durchzusetzen, erscheint nicht ohne Weiteres schützenswert. Kann die Klägerin ihr Ziel, neue PCs zugleich mit einem Betriebsprogramm sowie einem Grundbestand an Standardsoftware ausstatten und auf diese Weise PC-Benutzer von der Verwendung von Raubkopien abzuhalten, nur durch ein preisliches Entgegenkommen erreichen, ist nicht von vorneherein ersichtlich, warum nicht auch andere Kunden von dem günstigeren Preis der am Markt zirkulierenden Ware profitieren sollten. Weiterreichende Gestaltungsspielräume verbleiben der Klägerin unbestreitbar immer dann, wenn der Benutzer der jeweiligen Software auf Nutzungsrechte angewiesen ist, die ihm die Klägerin unmittelbar einräumen muss.“

Beschränkungen des urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatzes wären weiterhin dann denkbar, wenn es sich um übliche, technisch und wirtschaftlich eigenständige und somit klar abgrenzbare Nutzungsformen handelt (BGH, aaO, 3572 unter Hinweis auf BGH NJW-RR 1986, 1183 – „Schallplattenvermietung“).

Demnach können Weitergabeverbote nach ganz herrschender Meinung grundsätzlich keine dingliche Wirkung entfalten.

Hinsichtlich der urheberrechtlichen Voraussetzungen verweisen wir auf den in **Anlage 5** vorgelegten Auszug aus dem Urhebergesetz. Insbesondere muss dafür Sorge getragen werden, dass eine lückenlose Lizenzkette bis zum Hersteller nachgewiesen wird, etwaige Datenträger übertragen werden sowie sichergestellt werden, dass die Software nicht mehr beim Veräußerer eingesetzt wird.

Aber auch schuldrechtliche Weitergabeverbote gegenüber Kunden – unter Umständen nicht gegenüber Zwischenhändlern – sind unzulässig. Zunächst stellt sich regelmäßig die Frage, ob sie überhaupt mit dem Ersterwerber wirksam vereinbart wurden. Ist eine derartige Beschränkung in den Lizenzbedingungen enthalten, handelt es sich rechtlich um allgemeine Geschäftsbedingungen, die oftmals nicht in den Vertrag einbezogen wurden, da sie vor Vertragsschluss der Gegenseite gar nicht bekannt waren.

Möglich ist ein schuldrechtlich vereinbartes Weiterveräußerungsverbot, wenn es im Wege einer individualvertraglichen Abrede, also einer besonderen und zusätzlichen Abrede zwischen Hersteller und Erwerber vereinbart wurde. Diese dürfte jedoch regelmäßig nicht der Fall sein. Ist ein derartiges Weiterveräußerungsverbot in Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Endkunden enthalten, sprechen gute Gründe dafür, diese als unzulässig anzusehen. Derartige Weiterveräußerungsverbote unterliegen auch bei einem Kauf zwischen Kaufleuten der Inhaltskontrolle nach den früheren §§ 9 bis 11 AGB (vgl. OLG Nürnberg, CR 1990, 118, 121, **Anlage 6**). Die gesonderten Regelungen des früheren AGB-Gesetzes sind nunmehr aufgrund der Schuldrechtsreform in den §§ 305 ff. in das Bürgerliche Gesetzbuch aufgenommen worden. Die Regelungen sind jedoch im Wesentlichen identisch, sodass auch die Rechtsprechung in Bezug auf das frühere AGB-Gesetz auch heute noch Gültigkeit besitzt. Danach sind Vertragsklauseln gemäß § 307 Abs. 2 Ziffer 1 BGB insbesondere dann unwirksam, wenn sie mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren sind. Soll aber mit dem Softwarekauf Eigentum übertragen werden, indem die Software zur endgültigen Nutzung bei dem Erwerber verbleibt, ist es mit dem wesentlichen Grundgedanken des Kaufvertrags unvereinbar, dass der Verkäufer in seiner Verfügungsgewalt

//

über das so von ihm erworbene Eigentum Beschränkungen unterliegen soll (Marly, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 933). Überdies verstoßen solche allgemeinen Vereinbarungen gegen den zwingenden Charakter der §§ 69 c Nr. 3 Satz 2, 17 Abs. 1 UrhG, der hierbei – obgleich er an sich nur auf der dinglichen Ebene wirkt – als gesetzgeberische Wertung mit zu berücksichtigen ist. Denn der Regelung ist zu entnehmen, dass der Hersteller sein berechtigtes Interesse an einer angemessenen Vergütung nur für die erste Veräußerung im Sinne dieser Vorschrift durchsetzen können soll. Bei weiteren Veräußerungen muss es im Interesse des Rechtsverkehrs zurücktreten.

Im Übrigen läge darin möglicherweise auch ein Verstoß gegen § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB. Denn Kardinalpflicht bei einem Kaufvertrag ist gerade die Eigentumsverschaffung. Ein formularmäßig vereinbartes Weiterveräußerungsverbot wäre mit der Pflicht zur Eigentumsverschaffung nicht vereinbar (Marly, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 941).

Auch das Erfordernis einer vorherigen schriftlichen Zustimmung zur Veräußerung stellt ein Hindernis für den Rechtsverkehr dar und verstößt daher gegen Allgemeine Geschäftsbedingungen (Oberlandesgericht Frankfurt/Main, NJW 1997, 494; Oberlandesgericht Bremen, CR 1997, 609, 611, **Anlage 7**). Jedenfalls müsste der Hersteller diese Zustimmung im Regelfall auch erteilen.

Als zulässig sind bei teurerer Software (etwa 100,00 DM) auch Klauseln anzusehen, gemäß denen der Ersterwerber verpflichtet wird, dem Hersteller mitzuteilen, wem er die Software weiterveräußert hat (Marly, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 953). Allerdings kann dies unserer Auffassung nach nur gelten, wenn auch der Ersterwerber dem Hersteller aufgrund seines Vertriebssystems bekannt ist.

Nach alledem ist der Erwerb und Vertrieb gebrauchter Software auch bei entgegenstehenden Lizenzbestimmungen des Herstellers i. d. R. möglich. In Zweifelsfragen sollte eine genaue Abklärung erfolgen, insbesondere wenn es um die Frage miet-/kaufvertraglicher Gestaltung geht.

Nachdem im Bereich der Rechtsprechung zu Softwarelizenzen ständig neuere technische Entwicklungen neue Antworten herausfordern, sind abweichende Entwicklungen in der Zukunft möglich.

Mit freundlichen Grüßen

Meisterernst
Rechtsanwalt



Anlagen	
Anlage 1	BGH NJW 1990, 320, 321
Anlage 2	NJW 2000, 3571
Anlage 3	NJW-RR 1997, 494
Anlage 4	CR 1999, 150
Anlage 5	Auszug aus dem UrhG
Anlage 6	CR 1990, 118, 121
Anlage 7	CR 1997, 609, 611