

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

Unterschleißheim, den 26. Mai 2014

Sehr geehrte Partner und Kunden,

Microsoft hat in letzter Zeit zahlreiche Anfragen von Partnern und Kunden zum Erwerb und zur Nutzung von Second-Hand-Software erhalten. In diesem Zusammenhang haben wir festgestellt, dass es eine Vielzahl von unterschiedlichen Produkten und Lizenzen gibt, die als Second-Hand-Software angeboten werden. Einige dieser Angebote betreffen echte Lizenzen und Produkte, die zum „Wiederverkauf“ angeboten werden, andere Angebote betreffen gefälschte Produkte.

Bei den meisten Anfragen, die wir erhalten haben, sind sowohl die Herkunft der Software bzw. Lizenzen als auch die weiteren Umstände der ursprünglichen Lizenzeinräumung, insbesondere der ursprüngliche Lizenzvertrag, ebenso unbekannt wie die Details etwaiger Weiterübertragungen. Dies führt zu einer erheblichen Unsicherheit hinsichtlich der Rechtmäßigkeit und des konkreten Nutzungsumfangs der jeweiligen second-hand "Lizenzen" – vor allem im Hinblick auf die jüngsten Entscheidungen des Bundesgerichtshofes (BGH) und des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) im Fall UsedSoft vs. Oracle.

Eine der Maximen bei der Gründung der ReLicense AG **im Jahre 2008** war es, unseren Kunden bei der Übertragung von Lizenzen aus zweiter Hand einen Übertragungsprozess zu bieten, der nach Möglichkeit keine Fragen mehr offen lässt.

Also stellt die ReLicense AG Ihren Kunden (lange vor der richtungsweisenden Entscheidung des EuGH im Jahre 2012) bei jeder Übertragung eine Kopie des Lizenzvertrages des „Ersterwerbers“ und die darauf anwendbaren Microsoft Product-Use-Rights (PUR) zur Verfügung. Sollten es mehrere „Vorbesitzer“ geben, wird auch das dokumentiert und somit die vollständige Lizenzkette mit allen Übertragungen zur Verfügung gestellt.

Damit ist auch der gängigen internationalen und nationalen Rechtsnorm „es gibt keinen gutgläubigen Erwerb von Nutzungsrechten“ Genüge getan, hat doch jeder Kunde die Möglichkeit die vollständige Lizenzkette zu **prüfen** und kann damit sicherstellen, dass der „Ersterwerber“ zur Übertragung berechtigt ist.

Aus diesem Grund möchten wir Sie über dieses Verfahren und dessen aktuellen Status wie folgt informieren:

Im Anschluss an die Entscheidung des EuGH in der Sache UsedSoft GmbH vs. Oracle International Corp. vom 03. Juli 2012 (C-128/11, veröffentlicht in NJW 2012, 2565) verkündete der BGH am 17. Juli 2013 sein Urteil (I ZR 129/08, veröffentlicht in NJW-RR 2014, 360). Danach kann der Erwerber einer „erschöpften“ Kopie unter ganz bestimmten Umständen ein gesetzliches Nutzungsrecht nach § 69 d UrhG erlangen. Allerdings trägt derjenige, der sich auf die „Erschöpfung“ des Verbreitungsrecht beruft, die volle Beweislast dafür, dass die Voraussetzungen der „Erschöpfung“ nach § 69 c UrhG erfüllt sind. Diese Voraussetzungen 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);

Diese EU Rechtsnorm besteht bereits seit 1993 und wird von der ReLicense AG seit Gründung erfüllt.

2. Die Lizenz für die Software muss als Gegenleistung für die Zahlung eines Entgelts erteilt worden sein, das es dem Rechteinhaber ermöglichen soll, eine Vergütung zu erzielen, die dem wirtschaftlichen Wert der Kopie der Software entspricht (ausreichend ist, dass der Rechteinhaber die Möglichkeit hatte, eine solche angemessene Lizenzgebühr zu erzielen);

Der Europäische Gerichtshof [EuGH] hat am 3. Juli 2012 entschieden, dass diese Anforderung mit der Bezahlung des Kaufpreises der Lizenz durch den „Ersterwerber“ erfüllt ist. Zwangsläufig hat sich der Bundesgerichtshof am 17. Juli 2013 dieser Entscheidung angeschlossen.

3. Der Rechteinhaber hat dem Ersterwerber das Recht eingeräumt, die Software dauerhaft (unbefristet) zu nutzen; nicht ausreichend ist eine Vermietung oder eine zeitliche Befristung des Nutzungsrechtes;

Diese EU Rechtsnorm besteht ebenfalls bereits seit 1993 und wird von der ReLicense AG seit Gründung erfüllt.

4. Verbesserungen und Aktualisierungen, die das vom Nacherwerber heruntergeladene Computerprogramm gegenüber dem vom Ersterwerber heruntergeladenen Computerprogramm aufweist, müssen von einem zwischen dem Urheberrechtsinhaber und dem Ersterwerber abgeschlossenen Wartungsvertrag gedeckt sein;

In Anwendung der EuGH-Entscheidung vom 3. Juli 2012 ist dies zutreffend für alle Microsoft Lizenzen mit Software Assurance / SA [= Wartungsvertrag].

5. Der ursprüngliche Lizenznehmer muss seine Kopien unbrauchbar gemacht haben.

Die ReLicense AG hat für alle angebotenen und übertragenen Lizenzen die rechtsverbindlichen Bestätigungen der „Ersterwerber“ über die Löschung und nicht Weiterverwendung derselben und dokumentiert dies seinen Kunden gegenüber.

Sofern diese Voraussetzungen erfüllt sind, darf der Nacherwerber die Software nutzen, jedoch nur im Rahmen der "bestimmungsgemäßen Benutzung" im Sinne von § 69 d Abs. 1 UrhG. Der BGH entschied, dass sich diese "bestimmungsgemäße Benutzung" aus dem ursprünglichen Lizenzvertrag ergibt und dass der Verkäufer der Second-Hand-Software auch darlegen und beweisen muss, dass er dem Kunden alle Informationen zur Verfügung gestellt hat, die notwendig sind, um den Umfang der "bestimmungsgemäßen Benutzung" festzustellen.

Wie bereits erwähnt, stellt die ReLicense AG dem „Zweiterwerber“ sowohl den Lizenzvertrag des „Ersterwerbers“ als auch die relevanten Microsoft Product-Use-Rights zur Verfügung. Somit ist auch diesem Punkt "bestimmungsgemäße Benutzung" Genüge getan – und dies geschieht ebenfalls bereits seit Gründung der Gesellschaft im Jahre 2008.

Da usedSoft die vorstehenden Nachweise im zugrunde liegenden Fall noch nicht geführt hatte, hat der BGH den Fall zur weiteren Aufklärung an die Vorinstanz zurückverwiesen. In diesem Zusammenhang betont der BGH ausdrücklich, dass der Nachweis der Unbrauchbarmachung der Kopien des Ersterwerbers (s.o. Voraussetzung 5) nicht durch die von usedSoft verwendeten 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.

Diese Ausführungen wurden bereits in Gerichtsverfahren vor der BGH Entscheidung vom 17. Juli 2013 festgestellt.

Die ReLicense AG benutzt von Anbeginn an bewusst keinen geforderten Nachweis über Notartestate, sondern benennt den „Ersterwerber“ und stellt wie beschrieben die vertraglichen Grundlagen etc. für die übertragenen Lizenzen dem „Zweiterwerber“ zur Verfügung.

Wir erwarten, dass das Verfahren frühestens in ein oder zwei Jahren rechtskräftig entschieden sein wird. Das mag in Bezug auf die Beklagte im EuGH/BGH Verfahren richtig und wichtig sein. Die ReLicense AG und ihr Übertragungsmodell ist vom Ausgang dieser Entscheidung nicht betroffen.

Bis dahin gilt: Auch wenn nunmehr entschieden ist, dass ein Zweiterwerber eine (gesetzliche) Lizenz für die Original- Software, die als Second-Hand-Software angeboten wird, erwerben kann, sind einige wichtige Details zur Frage, wie genau die vom EuGH und vom BGH aufgestellten Voraussetzungen erfüllt bzw. nachgewiesen werden können, derzeit noch nicht abschließend geklärt.

Das mag im Zusammenhang mit der Beklagten im EuGH / BGH Verfahren zutreffen - auf die ReLicense AG nicht – siehe vorstehend!

Bis zur Klärung besteht für die interessierten Verbraucher weiterhin eine Unsicherheit hinsichtlich ihrer möglichen Nutzungsberechtigung.

Das mag im Zusammenhang mit der Beklagten im EuGH / BGH Verfahren zutreffen - auf die ReLicense AG nicht – siehe vorstehend!

Sicher ist indes eines: Wer behauptet, Nutzungsrechte erworben zu haben, muss den Erwerb der Rechte konkret dartun und beweisen (OLG Frankfurt, Entscheidung vom 18.05.2010, Az.: 11 U 69/09 mwN).

Vor diesem Hintergrund empfiehlt Microsoft, die Herkunft von angeblich gebrauchter Software genauestens zu prüfen und Software von vertrauenswürdigen Quellen zu erwerben

Dem stimmt die ReLicense AG gerne ausdrücklich zu!

– z.B. bei autorisierten oder assoziierten Händlern.

Dass hier seriöse Anbieter von Software aus zweiter Hand - wie z.B. die ReLicense AG – fehlen, ist unter Wettbewerbsgesichtspunkten nachvollziehbar.

Bitte beachten Sie, dass jeder, der Microsoft Produkte verkauft oder nutzt, ohne dass die Berechtigung hierzu besteht, gegenüber Microsoft haftbar sein kann, und zwar unabhängig davon, ob eine Rechtsverletzung vorsätzlich oder fahrlässig begangen wurde.

Beste Grüße

Shelley McKinley

Head of Legal & Corporate Affairs Mitglied der Geschäftsleitung

Zusammenfassung ReLicense AG

- 1) Die ReLicense AG erfüllt die oben aufgeführten Anforderungen seit Ihrer Gründung in 2008 und damit lange vor und unabhängig von den zitierten höchstrichterlichen europäischen und nationalen Gerichtsentscheidungen.
- 2) Bis auf die ‚Download‘ Entscheidung‘ des EuGH beinhalten die zitierten europäischen und nationalen höchstrichterlichen Entscheidungen aus Sicht der ReLicense AG nichts Neues.
- 3) Die ReLicense AG erfüllt seit 2008 mehr als die vom EUGH und BGH aufgestellten Anforderungen, um ihren Kunden ein Höchstmaß an Rechtssicherheit zu bieten.