

**Achtung:**  
Bitte beachten Sie, dass der hier dargebotene Text zu einem Zeitpunkt verfasst wurde, an dem ggf. die ehemalige Rechtsauffassung von der aktuellen abwich. Inzwischen hat das EuGH den Weiterverkauf von Downloadsoftware erlaubt (vgl. EuGH Urteil C-128/11 vom 3. Juli 2012).

**23.11.2009**

## **Gebrauchte Software „Einsetzbar, Durchsetzbar oder sogar Anwendbar“**

**Die meisten kennen es noch nicht, mancher hat schon mal davon gehört und einige nutzen sie schon: Gebrauchte Software.**

**Gibt es das? Was genau ist das? Wie geht das mit der gebrauchten Software? Wo bekommt man sie her? Wie kann man seine eigene Software an den Gebrauchtmart weiterverkaufen? Was sagt der Hersteller dazu? Bin ich juristisch abgesichert, wenn ich kaufe oder verkaufe?**

### **Einleitung**

Das sind die Fragen, die von Unternehmen heute gestellt werden, wenn sie das erste Mal den Prozess der alternativen Beschaffung starten.

Es gibt mittlerweile in der EU einen richtigen Markt für Gebrauchte Software, konkreter gesagt, für das „gebrauchte Nutzungsrecht“, die Gebraucht-Lizenz. Das Besondere dabei ist, ein Nutzungsrecht nutzt sich nicht ab. Die Lizenz bleibt die gleiche und die Software Qualität bleibt ebenso erhalten. Sie funktioniert genauso wie neue Software auch.

Bei der Weiterveräußerung Ihrer ungenutzten Lizenzen kommt der Begriff „Stille Reserve“ zum tragen. Aus diesem Grund hat Axel Susen, Geschäftsführer von Susensoftware, seine gebrauchten Lizenzen „Stille Software“ getauft. Bei Stiller Software handelt es sich um Lizenzen, die ungenutzt sind und im Unternehmen gefunden werden müssen. Hat man sie gefunden, kann man prüfen, ob man sie in Liquidität wandeln möchte. In jedem Fall ist die Lizenzstrategie festzulegen und es sind solche Fragen zu klären wie: Werden die Lizenzen in Zukunft noch eingesetzt und fallen noch Wartungsgebühren an? Spätestens zu diesem Zeitpunkt ist es Aufgabe des Lizenzmanagers, das Potential zu heben und wirtschaftlich

umzusetzen. In Zusammenarbeit mit dem Einkauf kann es sogar soweit führen, dass Nachkäufe vermieden werden. Die Einkäufer fragen in den heutigen Zeiten immer mehr nach alternativen Beschaffungswegen und sind sich jedoch aufgrund der wenigen Erfahrung und der unterschiedlichen Meldungen am Markt unsicher. Aussagen von den Herstellern mit strafrechtlichen Androhungen beabsichtigen genau diese Unsicherheit weiter zu schüren.

Selbst Politiker wie Herr Genscher und Frau Zypries haben schon das Thema Gebrauchte Software in Ihre Diskussionen aufgenommen und es ist zum Leid der Hersteller nicht mehr aus dem IT Alltag weg zu denken.

### **Hauptteil:**

Der Trend geht im Moment in die Richtung, dass gewerbliche Anwender sich leichter zum Verkauf ihrer ungenutzten Software entschließen, als zum Erwerb von gebrauchten Lizenzen. Dabei sind beim Kauf von gebrauchter Software Preise zu erreichen, die um 50% unter dem Preis der neuen Software liegen. Im Bereich der Krankenhäuser, Städte und Kommunen ist gebrauchte Software schon seit Jahren üblich. In der Industrie wird sie immer mehr nachgefragt.

Aktuell kursieren viele unterschiedliche Aussagen über die Rechtslage und über die Verwendung von gebrauchter Software. Es gibt verschiedene Urteile des Oberlandes-Gerichts und des Bundesgerichtshofes und viele Verfahren sind derzeit anhängig. In der vereinfachten Betrachtung kann man sagen, OEM Software und Software, die als Einzellizenz auf Datenträgern gespeichert erworben wurde, kann ohne Einschränkung weiter verkauft werden.

Doch viele Anwender sind aufgrund der uneinheitlichen Rechtssprechung und Literatur verunsichert, inwiefern der Handel mit gebrauchter Software legal sei. Gerade kleine und mittelständische Unternehmen, welche den Rechtsstreit mit Monopolisten oft scheuen, sollten sich hierbei Hilfe von Experten einholen.

Insbesondere wird immer wieder die Frage gestellt, ob man mit dem Einsatz von gebrauchter Software auditierfähig ist. Gerne verwenden Software Hersteller immer wieder Audits als Argument gegen gebrauchte Software, die Erfahrung zeigt jedoch, die Audits werden dann bestanden, wenn ein Anwender von gebrauchter Software seinen Übertragungsprozess sauber nachweisen kann.

Unstrittig ist, dass Software stets im gesamten Umfang ausgeliefert und etwaige Sicherheitskopien mitgeliefert oder vernichtet werden müssen; alles andere käme einer Raubkopie gleich.

Hat der Ersterwerber eine Einzellizenz auf einem Datenträger erworben, kann der Rechteinhaber eine Weiterveräußerung laut EU-weit geltendem Erschöpfungsgrundsatz nicht verhindern: Das Verbreitungsrecht hinsichtlich eines Vervielfältigungsstücks erschöpft sich, wenn es mit Zustimmung des Rechtsinhabers im Wege der Veräußerung in den Verkehr gebracht wurde. Anderslautende Klauseln in Lizenzverträgen, die eine grundsätzliche Erlaubnis seitens der Hersteller vorschreiben, sind somit unwirksam.

Unsicher ist die Rechtslage beim Herauslösen von Einzellizenzen aus Volumenverträgen. Hier sprechen zum einen die Gerichte verschiedene Urteile; zum anderen ist von einigen Unternehmen bekannt, dass die Softwarehersteller das so genannte „Splitten“ geduldet haben, während sie in ähnlichen Fällen ihre Zustimmung verweigert haben. Zur Sicherheit sollte in diesem Fall daher immer die Erlaubnis der Rechteinhaber eingeholt werden.

Bei Online-Versionen von Software hat das Oberlandesgericht (OLG) München entschieden, dass der Erschöpfungsgrundsatz nicht greife (Az.: 6 U 2759/07). Der Deutsche Anwaltverein (DAV) fordert den Gesetzgeber jedoch dazu auf, diese Differenzierung zwischen körperlich und unkörperlich in den Verkehr gebrachter Software aufzuheben, da sie wirtschaftlich nicht nachvollziehbar sei.

Den Markt für gebrauchte Software gibt es innerhalb der EU und dort sind die deutschsprachigen Länder führend. Dies liegt an der derzeitigen Rechtsprechung, die innerhalb der EU Gültigkeit hat.

Dies bedeutet pauschal gesagt: Gebrauchte Lizenzen kann jeder in der EU kaufen und verkaufen. Die Unterschiede sind im Wesentlichen durch die private oder gewerbliche Nutzung bedingt.

Im Gebraucht Markt werden derzeit im Wesentlichen Softwareprodukten der Hersteller Microsoft, SAP, Citrix, Adobe und IBM Lotus Notes gehandelt.

Woher kommen die Lizenzen genau, die dann an Anwender, die nachlizenzieren müssen oder ihren Erstkauf tätigen wollen, weitergereicht werden? Solche Lizenzen stammen z. B. von überlizenzierten oder insolventen Unternehmen.

Der Erwerb oder Verkauf einer gebrauchten Lizenz beginnt mit der Übertragung und der Zusammenarbeit mit einem Lizenzexperten oder Gebrauchthändler, denn sobald ein Kunde äußert, gebrauchte Software in Erwägung zu ziehen, wird er gewöhnlich mit den unterschiedlichsten und widersprüchlichsten Aussagen der betreuenden Systemhäuser oder Hersteller überschüttet, die ihre neuen Lizenzen verkaufen möchten.

Der Übertragungsprozess einer Lizenz bei der Gewerblichen Nutzung bedarf der Dokumentation und Kommunikation zwischen Verkäufer, Hersteller und

zukünftigem Anwender. Die Übertragung kann einfach und rechtssicher sein, wenn alle Dokumente und Einverständniserklärungen, die benötigt werden, eingeholt wurden. Es gibt dafür von den Softwareherstellern, wie beispielsweise Microsoft, angefertigte Formulare, mit denen die Übertragung beantragt und durchgeführt wird. Auf einem solchen Formular werden Käufer und Verkäufer und der Grund der Übertragung abgefragt.

So hat zum Beispiel susensoftware aus dem Insolvenzverfahren der Kabel New Media GmbH aus Hamburg verschiedene Microsoft Lizenzen an andere GmbH's in Deutschland übertragen. Die Einsparung lag für die Käufer der gebrauchten Lizenzen bei ca. 50%. Der Vorgang war einfach und übersichtlich und endete mit einer offiziellen Umschreibung durch Microsoft. Irland ist die Microsoft Niederlassung, die europaweit für die Lizenzumschreibungen zuständig ist. Der Übertragungsprozess wird durch das Microsoft Internetportal vereinfacht. In diesem Portal kann man zentral die eopen Verträge verwalten und es stellt die Funktion der Lizenzübertragung unter Berücksichtigung der Microsoft Übertragungsformulare online zur Verfügung.

Bei SAP Software gibt es kein Internetportal zur Verwaltung und auch kein Übertragungsformular für gebrauchte Software, jedoch einen Zusatzvertrag zum damaligen Kaufvertrag. Das besondere an diesem Zusatzvertrag ist, dass damit Zustimmung für die „teilweise Übertragung“ von Nutzungsrechten bei SAP angefordert werden kann und die Wartung dafür still gelegt werden kann.

Die Firma Jägermeister aus Wolfenbüttel hat über susensoftware gebrauchte SAP Lizenzen erworben und damit eine Einsparung von ca. 55% erreicht. Der Verkäufer Imagelinx hatte die Lizenzen nicht mehr benötigt. SAP hatte der Übertragung zugestimmt und die Lizenzen in die Wartung genommen. Das Besondere dabei war, dass SAP den Datenbankwechsel erst nicht bewilligen wollte, dies dann aber zusammen mit SAP geklärt werden konnte.

Generell kann man sagen, Herausforderungen bei der Übertragung von Software kommen existieren immer dann, wenn es um das Splitten von Lizenzverträgen, d. h. die Teilübertragung von Nutzungsrechten aus einem Vertrag geht. Dies bedarf der Zustimmung der Hersteller. Komplexer wird die Übertragung von gebrauchter Software, wenn Third-Party Produkte, wie beispielsweise Datenbanken oder Speziallizenzen (Schulungslizenzen, Sondernutzer etc.) übertragen werden sollen und Wartungsverträge mit eingebunden sind.

Bei gebrauchten SAP Lizenzen endet der Übertragungsprozess mit der Bestätigung der SAP durch ein Wartungsangebot für diese Lizenzen. Bei Microsoft

endet der Übertragungsprozess mit dem Erhalt einer sogenannten Reference Nummer im Übertragungsdokument.

Spannend bei der Frage von Wartungskosten für gebrauchte SAP Lizenzen ist die Möglichkeit für SAP Bestandskunden, durch betriebswirtschaftliche Argumentation auch die Wartungsbasis im Altbestand zum Positiven zu verändern und damit die laufenden Wartungskosten zu senken.

### **Schluss:**

Aufgrund der derzeitigen Rechtslage sieht der DAV eine starke Behinderung für den Markt mit gebrauchter Software. Daher fordert er den Gesetzgeber auf, den Handel im Rahmen einer Urheberrechtsnovellierung gesetzlich zu regulieren; ebenso wird gefordert, dass der Erschöpfungsgrundsatz, der bislang nur für körperlich in den Verkehr gebrachte Software gilt, auch für online erworbene Programme gelten solle. Dies würde die rechtliche Position der Gebrauchtssoftware-Händler stärken und dem Markt, der sich seit Jahren im Wachstum befindet, zusätzliche Marktanteile bescheren.

Durch die aktuelle Situation am Markt ist davon auszugehen, dass sich der Kostendruck der Unternehmen erhöht und sie sich daher nach kostengünstigen Alternativen zur Softwarebeschaffung umsehen.

„Das ist ein Trend, der sich in nächster Zeit verstärken wird,“ ist sich Axel Susen sicher. „Im Gegenteil: Wir gehen davon aus, dass sich der Markt jedes Jahr verdoppeln wird!“

Gerichte klären hierzulande immer mehr juristische Streitpunkte, so dass die Rechtssicherheit sich für weitere Fälle (zb: Online Download) erschließen wird. „In Deutschland gab es in den letzten Jahren einige Urteile, die die Position der Anwender gestärkt haben, wie z. B. das OEM-Urteil, das den Verkauf günstigerer OEM-Versionen auch ohne die dazugehörige Hardware erlaubt“, erklärt Axel Susen. „In Zukunft wird es für große Software-Hersteller sicher noch schwieriger werden, Kunden mit Falschaussagen über gebrauchte Software zu verunsichern.“

## **Wohin führt der Trend?**

Bereits jetzt lässt sich erkennen, dass Anwender immer häufiger einen Rechtsstreit mit großen Software-Herstellern führen. „Anwender wollen nicht weiter unter der Monopolsituation leiden,“ ergänzt ein Experte der IT-Szene.

Eine steigende Rechtssicherheit führt zudem dazu, dass schwarze Schafe unter den Gebrauchtssoftware-Händlern vom Markt verdrängt werden. Leider fallen einige Unternehmen auf die leeren Versprechungen unseriöser Händler rein, mit dem Ergebnis, sich in einer rechtlich sehr schwierigen Lage wiederzufinden. „Hinterher ist man immer schlauer“, bemerkt der Geschäftsführer eines Unternehmens aus dem Bremer Raum, welches sich momentan in dieser Situation befindet. „Dabei hätte uns schon auffallen müssen, dass das Angebot selbst im Vergleich zu anderen Händlern unwahrscheinlich günstig war.“ Seriöse Händler stimmen daher die Übertragungen von Lizenzen stets mit dem Rechteinhaber ab.

Bislang haben Software-Hersteller in den meisten Fällen ein Monopol auf die Wartung ihrer Programme. Doch wird die Anzahl der Drittanbieter für Wartung nach dem Vorbild von Rimini Street in den USA auch in Deutschland steigen. Dadurch werden nicht nur die Wartungsgebühren selbst deutlich sinken; auch wird der Einsatz von Lizenzen, die längere Zeit ungenutzt blieben, deutlich lukrativer als momentan. „Es ist nicht davon auszugehen, dass Drittanbieter an dem System, rückwirkend Wartungsgebühren für nicht genutzte Lizenzen zu verlangen, festhalten werden,“ erklärt ein IT-Leiter. „Momentan müssen für Lizenzen, die z. B. drei Jahre ungenutzt blieben, bei Reaktivierung die vollen Wartungsgebühren für diese drei Jahre gezahlt werden. Dadurch sind sie im Grunde nur für Unternehmen interessant, die auf Wartung verzichten können.“

Mietsysteme wie Software as a Service oder Cloud gelten als ernst zu nehmende Bedrohung für den Gebrauchtssoftware-Markt: Da Updates zentral mit einer hohen Frequenz installiert werden, gibt es keine „alten“ und „neuen“ Versionen – ein Zweitmarkt kann logischerweise nicht existieren. „Mietsoftware wird in den nächsten drei Jahren wohl keinen direkten Einfluss auf den Markt für gebrauchte Software haben. Bei bestimmten Segmenten wie dem Office-Segment sehe ich aber danach durchaus die Gefahr, dass sich Firmen lieber Software mieten statt sie zu kaufen,“ erklärt Axel Susen. Neben geringeren Kosten in der Anschaffung liegt der Vorteil vor allem in der Verfügbarkeit der Software, die von jedem Mitarbeiter in jeder Filiale genutzt werden kann: Besonders Unternehmen mit vielen (internationalen) Standorten profitieren von gehosteter Software.

### Checkliste : Was ist beim Verkauf von Software-Lizenzen zu beachten?

1. Gehören mir die Lizenzen oder z.B. einer Leasinggesellschaft ?
2. Sind die Lizenzen alle übrig ?
3. Ist die Software deinstalliert ?
4. Sind alle Sicherheitskopien gelöscht ?
5. Gab es Vorgängerversionen als Upgrade-Grundlage ?
6. Wie sieht die Lizenz aus ?
7. Lassen die Verträge und Lizenzbestimmungen den Verkauf zu ?
8. Hilft ein externer Berater ?
9. Was ist mit Datenträger, Verpackung und Handbuch ?
10. Liegt die Seriennummer, der Dongle und das Passwort vor ?
11. Ist der Wartungsvertrag rechtzeitig gekündigt ?
12. Trete ich selber im Markt auf oder nutze ich besser einen Vermittler ?
13. Habe ich den Lizenzbedarf zumindest mittelfristig geplant ?

### Checkliste : Was ist beim Kauf von Software-Lizenzen zu beachten?

1. Welche wichtigen Dokumente gehören in den Tresor ?
2. Kann der Bedarf an Lizenzen in kleine Pakete gestückelt werden ?
3. Ist mein Bedarf geprüft worden ?
4. Habe ich Alternativen zum Kauf zusätzlicher Lizenzen ?
5. Wie sehen die Lizenzen aus ?
6. Verhindern meine Verträge den Zukauf ?
7. Hilft ein externer Berater ?
8. Benötigen wir Datenträger, Verpackung und Handbücher ?
9. Benötigen wir Seriennummer, Dongle und Passwörter ?
10. Wird ein Wartungsvertrag mit dem Lizenzgeber geschlossen ?

11. Suche ich selber im Markt oder nutze ich besser einen Vermittler ?
12. Habe ich den Lizenzbedarf zumindest mittelfristig geplant ?

Der Kauf von gebrauchter Software ist im IT Alltag nicht mehr weg zu denken. Die Kundensituationen zeigen, dass die Hersteller ihre Einwilligung für die Übertragung von gebrauchten Lizenzen geben und dafür von den Gebrauchthändlern manchmal einen Teil des Umsatzes weitergeleitet bekommen.

Für SAP Angebote gilt, dass Systemhäuser sich anstrengen, den Preis der gebrauchten Lizenzen zu unterbieten.

Im SAP Umfeld zeigt sich, kommt es zu keiner Übertragung, so kommt es jedoch zu einem Angebot der Systemhäuser oder Hersteller, welches den Preis der Gebrauchten Lizenzen unterbietet.

### **Verkauf Stille Software**

Durch den Verkauf der nicht mehr benötigten Lizenzen können Unternehmenswerte, welche bereits abgeschrieben sind, wieder reaktiviert und in liquide Mittel verwandelt werden. Vielen Unternehmen ist aufgrund mangelnden Lizenz-Managements nicht einmal bewusst, wie viel Kapital auf ihren Rechnern brachliegt, welches sie für weitere Investitionen nutzen könnten. So auch bei einem großen Anlagenbauer, der international tätig ist: Als Antwort auf die Wirtschaftskrise erwog man bereits die Option, Stellen abzubauen; doch mit Hilfe eines Lizenzexperten konnten schnell überschüssige Software und Lizenzen ausgemacht werden, für welche man jahrelang unnötigerweise Wartungskosten gezahlt hatte. Der Verkauf schließlich sorgte für einen unerwartet hohen Geldbetrag, der die Investitionssicherheit des Unternehmens gewährleisten konnte.

### **Einkauf Stille Software**

Auf der anderen Seite bekommen Käufer ein qualitativ neuwertiges Produkt zu einem bis zu 50 % reduzierten Preis. „Gerade für Unternehmen wie unseres, welchem leider nur ein begrenztes IT-Budget zur Verfügung steht, oft die einzige Möglichkeit, an hochwertige Software zu kommen, wie sie aus Kostengründen sonst nur große Unternehmen oder Konzerne nutzen können“, äußert sich der IT-Leiter eines mittelständischen Unternehmens aus dem Kölner Raum. „Einige Unternehmen wollen zudem gar nicht auf die neuesten Versionen ihrer Unternehmenssoftware umsteigen“, ergänzt Axel Susen, Geschäftsführer des Gebrauchtssoftwarehändlers susensoftware. „Viele der neuen Funktionen werden schlicht nicht benötigt. Gebrauchtssoftwarehändler sind oftmals die einzigen, die noch bewährte Produkte führen.“