



Microsoft Deutschland GmbH
Walter-Gropius-Straße 5
80807 München
Telefon: +49 (0)89/3176-0
Telefax: +49 (0)89/3176-1000
www.microsoft.com/germany

Microsoft Deutschland GmbH · Walter-Gropius-Straße 5 · 80807 München

München, 25.01.2018

Sehr geehrte Partner und Kunden,

Microsoft Computerprogramme werden insbesondere im Internet teilweise zu auffällig niedrigen Preisen angeboten.¹ Ein auffällig niedriger Preis ist sicher ein Indiz für ein illegales Angebot und sollte jeden Interessenten misstrauisch machen, insbesondere wenn die aktuelle Version eines Computerprogramms nur zu einem Bruchteil des Preises im Microsoft Webshop angeboten wird. Dann gilt oft: „Was zu schön ist, um wahr zu sein, ist auch meist nicht wahr!“ Andererseits ist ein besonders niedriger Preis aber kein Beweis für ein illegales Angebot. Denn Microsoft schreibt den Händlern keine Preise vor. Außerdem könnte das Angebote besonders günstige Versionen betreffen oder auch gebrauchte Software. Diese darf in Europa grundsätzlich weiterverkauft werden, wenn bestimmte Bedingungen eingehalten werden (s.u.). Die folgenden Hinweise sollen Händler und Kunden dabei helfen, legale Angebote besser von illegalen Angeboten unterscheiden zu können. Dabei werden folgende Angebotsarten erläutert:

1. Verkauf von gefälschten Datenträgern ist illegal

Noch immer werden gefälschte Datenträger zum Verkauf angeboten, die Originalen täuschend ähnlich sehen. Der Verkauf von Fälschungen ist selbstverständlich illegal und strafbar. Hinweise zur Gestaltung von Original-Microsoft-Software sind zu finden unter: <https://www.microsoft.com/de-de/howtotell/Software.aspx?tab=PackagedSoftwareTab>. Sollten darüber hinaus Zweifel bestehen, ob ein Datenträger echt oder gefälscht ist, kann er zur Prüfung an den Microsoft PID Service geschickt werden: <https://www.microsoft.com/de-de/rechtliche-hinweise/pidservice.aspx>

¹ So wird Microsoft Office Professional Plus 2016 zum Teil für weniger als 10,- EUR angeboten, während bereits Office Professional 2016 (ohne Plus) im Microsoft Webshop 539,- EUR kostet. Ähnlich ist es bei Windows 10. Die Pro Version ist im Internet zum Teil schon für unter 5,- EUR erhältlich. Im Webshop von Microsoft kostet Windows 10 Pro 259,- EUR.

2. Verkauf einzelner Microsoft Echtheitszertifikate (COAs) ist per se illegal!

Werden nur einzelne Microsoft Echtheitszertifikate (sog. COAs) geliefert, ist das markenrechtlich unzulässig, und zwar unabhängig davon, ob die COAs echt sind oder gefälscht. Denn Microsoft COAs sind sog. „Kennzeichnungsmittel“ im Sinne von § 14 Abs. 4 MarkenG.² Als solche dürfen sie ohne Zustimmung von Microsoft nicht einzeln verkauft werden.³ Abgesehen davon verkörpern Microsoft COAs auch nicht das Recht (die Lizenz) zur Nutzung von Microsoft Programmen.

3. Verkauf von Microsoft COAs zusammen mit nicht zugehörigen PCs/Datenträgern ist per se illegal!

Microsoft COAs dürfen nur mit Erlaubnis von Microsoft zur Kennzeichnung von Produkten, insbesondere PCs oder DVDs verwendet werden. So ist es OEM Herstellern wie bspw. DELL erlaubt, sog. OEM COAs auf ihre PCs aufzukleben. Ebenso dürfen System Builder ohne OEM Vereinbarung sog. System Builder COAs auf ihre PCs anbringen. Schließlich dürfen die sog. MAR Partner die von ihnen wieder aufbereiteten gebrauchten PCs mit sog. MAR COAs versehen, nachdem sie eine aktuelle Version von Windows installiert haben. Die verschiedenen Arten von COAs dürfen aber NICHT zweckentfremdet und zur Kennzeichnung anderer Produkte verwendet werden.

Per se markenrechtlich unzulässig ist deshalb der Verkauf von Microsoft COAs zusammen mit

- Sicherungskopien der großen OEM Hersteller (sog. Recovery Datenträger), und zwar auch dann, wenn sowohl die Sicherungskopie als auch die COA echt sind.⁴ Dabei ist es auch egal, ob die COA auf dem Datenträger aufgeklebt oder diesem oder der Rechnung nur beigelegt ist.⁵
- sog. MAR Datenträgern, die Microsoft an MAR-Partner liefert, die gebrauchte PCs wiederaufbereiten und verkaufen;⁶
- selbst gebrannten Datenträgern oder nicht von Microsoft stammenden USB Sticks;
- Personal Computern, es sei denn es handelt sich um OEM PCs mit einer OEM COA, andere PCs mit einer System Builder COA oder wiederaufbereitete PCs eines MAR Partners mit einer MAR COA.⁷

² OLG Frankfurt, Entscheidung vom 30.01.2014, 11 W 34-12; OLG Frankfurt, Entscheidung vom 22.12.2016, 11 U 108-13; OLG München, Urteil vom 02.03.2017, Az. 29 U 1456/16 – nicht rechtskräftig.

³ LG Frankfurt, Entscheidung vom 27.09.2012, 2-03 O 27-12, bestätigt durch OLG Frankfurt, Entscheidung vom 30.01.2014, 11 W 34-12; LG Frankfurt, Entscheidung vom 16.07.2009, 2-03 O 599-08.

⁴ BGH, Entscheidung vom 06.11.2011, I ZR 6/10 – Echtheitszertifikate.

⁵ OLG München, Beschluss vom 30.04.2014, Az. 29 U 112/14; LG München I, Urteil vom 15.03.2016, Az. 33 O 12499/14; LG Frankfurt am Main, Urteil vom 18.06.2014, Az. 2-06 O 469/13.

⁶ LG München I, Urteil vom 15.03.2016, Az. 33 O 12499/14; bestätigt durch OLG München, Urteil vom 02.07.2017, 29 U 1456/16 – nicht rechtskräftig.

⁷ Hinweis: OEM COAs weisen neben dem Zeichen „Microsoft“ auch den Namen des OEM Herstellers auf (bspw. „DELL“) auf. System Builder COAs weisen den Namen des System Builders hingegen nicht auf. Auf MAR COAs ist i.d.R. der Name des MAR Partners abgedruckt und der Hinweis „for Refurb PCs“.

Zulässig ist auch der Weiterverkauf von sog. System Builder Versionen (SB- oder DSP Versionen) bestehend aus einer SB DVD und einer SB COA. Diese sind einfach von den Recovery Datenträgern und OEM COAs der OEM Hersteller zu unterscheiden: Letztere weisen den Namen des OEM Herstellers auf (bspw. „DELL“). SB Datenträger und SB COAs weisen keinen Namen eines System Builders auf.

4. Verkauf gebrauchter Software ist unter bestimmten Voraussetzungen zulässig

Es ist rechtlich zulässig, gebrauchte Software zu verkaufen und zu nutzen, wenn u.a. folgende Voraussetzungen vorliegen, für die der Anbieter und sein Kunde die volle Beweislast tragen:

- Das Computerprogramm muss ursprünglich mit Zustimmung von Microsoft im Gebiet der EU oder eines anderen Vertragsstaates des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR) in den Verkehr gebracht worden sein.
- Die Lizenz muss zeitlich unbefristet sein.
- Alle Kopien der Vorerwerber müssen zum Zeitpunkt des Weiterverkaufs unbrauchbar gemacht worden sein. Um das zu klären, muss man alle Vorerwerber kennen!

Diese Grundsätze gelten für Software auf Original Datenträgern und Software, die per Download in den Verkehr gebracht worden ist. Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Kunden alle Informationen zur Verfügung zu stellen, die nötig sind, um das Bestehen und den Umfang der gebrauchten Lizenz zu ermitteln.⁸

5. Verkauf von bloßen Product Keys ist unter bestimmten Umständen zulässig

Beim Verkauf bloßer Product Keys ist Vorsicht geboten, denn Microsoft Product Keys verkörpern keine Lizenzen.⁹ Sie dienen nur dazu, einem rechtmäßigen Lizenznehmer rein faktisch die Aktivierung und damit die dauerhafte Nutzung der Software zu ermöglichen. Eine Wohnung oder ein Auto darf eben auch nur der rechtmäßige Eigentümer oder Mieter nutzen. Der Auto- bzw. Wohnungsschlüssel soll ebenfalls nur die tatsächliche Nutzung ermöglichen.

Deshalb darf ein Kunde, der nur einen Product Key und einen Downloadlink erhält, die Software nur dann nutzen, wenn er zusammen mit dem Product Key ein tatsächlich bestehendes Nutzungsrecht erwirbt. Der Umstand, dass ein Product Key bei der Aktivierung tatsächlich „funktioniert“, ist noch kein Beleg dafür, dass auch ein Nutzungsrecht mit übertragen wurde. Da jeder Nutzer in der Lage sein muss, den Erwerb einer Lizenz zu beweisen,¹⁰ sollten Interessenten beim Anbieter im Zweifelsfall nachfragen, was für eine Lizenz sie bekommen. Sollte es eine gebrauchte Lizenz sein, müssen die o.g. Voraussetzungen vorliegen (siehe oben Ziffer 4). Der Kunde muss dann sicherstellen, dass es sich um eine unbefristete Lizenz handelt, die erstmals in der EU bzw. dem EWR in den Verkehr gebracht worden

⁸ BGH, Urteil vom 17.07.2013, I ZR 129/08.

⁹ OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 17.11.2016, Az. 6 U 167/16; (OLG München, Urteil vom 01.06.2017, Az. 29 U 2554/16 – nicht rechtskräftig; LG Köln, Urteil vom 22.01.2015, Az. 81 O 2/14.

¹⁰ Dreier/Schulze. UrhG, § 31, Rn. 24.

ist und dass alle Kopien der Vorerwerber unbrauchbar gemacht worden sind. Erhält der Kunde diese Informationen nicht, kauft er „Die Katze im Sack“. Er weiß dann selbst nicht, ob er eine Nutzungsberechtigung (Lizenz) hat und kann sie auch nicht nachweisen.

In der Praxis problematisch sind insbesondere Product Keys, die zu Lizenzen mit Kunden im außereuropäischen Ausland gehören oder Product Keys, die schon oft und in verschiedenen Ländern zur Aktivierung verwendet worden sind, ohne dass der Verkäufer und der Kunde wissen, durch welche Vorerwerber die Aktivierungen erfolgt sind. Es ist dann meist nicht zu klären, ob alle Vorerwerber ihre Kopien unbrauchbar gemacht haben.

In der Praxis ebenfalls problematisch sind einzeln verkaufte Product Keys für OEM Versionen von Windows 10. Wenn diese noch nicht aktiviert worden sind, also scheinbar neu sind, sind sie in der Regel beim OEM Partner entwendet worden, was in der Vergangenheit leider vorgekommen ist.

6. Software auf selbst gebrannten Datenträgern und USB Sticks

Am Markt wird Microsoft Software auch auf selbst gebrannten Datenträgern und nicht von Microsoft stammenden USB Sticks angeboten. Hier ist Vorsicht geboten. Oft handelt es sich um **Raubkopien**. Aber auch rechtmäßig hergestellte **Sicherungskopien** dürfen nach einer Entscheidung des EUGH nicht weiter verkauft werden, und zwar auch dann nicht, wenn das ursprünglich gelieferte Original zerstört oder verloren gegangen ist.¹¹ **Originaldatenträger** von Microsoft bzw. mit Erlaubnis von Microsoft hergestellte Installationsdatenträger dürfen jedoch gebraucht weiter verkauft werden, wenn die o.g. geschilderten Voraussetzungen für den Handel mit gebrauchter Software vorliegen (siehe oben Ziffer 4).¹²



Dr. Dirk Bornemann

Head of Corporate, External & Legal Affairs
Mitglied der Geschäftsleitung
Microsoft Deutschland GmbH

¹¹ EUGH, Entscheidung vom 12.10.2016, C-166/15.

¹² BGH, Entscheidung vom 11.12.2014, I ZR 8/13.



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: CITIDF33

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 dartin 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