

Zur Rechtmässigkeit des Handels mit Softwareproduktschlüsseln

582



CYRILL P. RIGAMONTI
Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt,
LL.M., S.J.D., Institut für
Wirtschaftsrecht,
Universität Bern

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Urheberrechtliche Aspekte
 - A. Betroffene Verwertungsrechte
 - B. Erschöpfungsgrundsatz
 - 1. Tatbestand
 - 2. Rechtsfolgen
 - C. Spezialfall Volumenlizenzen
- III. Schuld- und kartellrechtliche Aspekte
 - A. Schuldrechtliche Fragen
 - 1. Vorbemerkung
 - 2. AGB-Kontrolle
 - B. Kartellrechtliche Fragen
- IV. Fazit

Kaum ein juristisches Thema bewegt die Softwarebranche gegenwärtig mehr als die Frage der Rechtmässigkeit des Handels mit Gebrauchtssoftware¹. In Deutschland wurde das Thema auf instanzgerichtlicher Ebene schon mehrfach durchprozessiert² und in der Lehre kontrovers diskutiert³.

Der Autor dankt seinen wissenschaftlichen Assistenten Ronny Scruzzi, lic. iur., und Daniel Hürlimann, MLaw, für ihre Unterstützung bei den Recherchearbeiten.

¹ Siehe z.B. Tages-Anzeiger vom 14.1.2008, 23; NZZ am Sonntag vom 17.5.2009, 34.

² Siehe z.B. OLG Hamburg, ZUM 2007, 393; LG München I, MMR 2008, 563; OLG München, CR 2008, 551; OLG Düsseldorf, MMR 2009, 629; OLG Düsseldorf, CR 2010, 14; LG Mannheim, CR 2010, 159. Die Frage wird demnächst vom BGH zu entscheiden sein, hat er doch mit Beschluss vom 18.11.2009 (Az. I ZR 129/08) die Revision gegen das Urteil des OLG München, CR 2008, 551, zugelassen.

³ Siehe z.B. STEFAN SCHUPPERT/CHRISTIAN GREISSINGER, Gebrauchthandel mit Softwarelizenzen, CR 2005, 81; TRUIKEN

In der Schweiz liegen bisher noch keine publizierten Gerichtsurteile vor, doch finden sich auch hierzulande erste Stellungnahmen zum Thema⁴. Umstritten sind abgesehen von urheberrechtlichen Fragen namentlich die schuld- und kartellrechtlichen Aspekte der Problematik. Der vorliegende Beitrag untersucht die Rechtslage in der Schweiz mit Bezug auf einen Spezialfall des Handels mit Gebrauchtssoftware, nämlich den Handel mit Softwareproduktschlüsseln («Product Keys»)⁵.

I. Einleitung

Der Erwerb von Software ist nicht selten mit erheblichen finanziellen Investitionen verbunden. Wird die erworbene Software z.B. infolge Geschäftsaufgabe, Personalabbaus, Umstrukturierung, Insolvenz oder Systemumstellung nicht mehr oder nicht mehr im ursprünglichen Umfang benötigt, mag bei manchem Erwerber das Bedürfnis aufkommen, die betreffende Software als «gebrauchte» Software⁶ an Dritte weiterzuveräußern und so einen Teil der getätigten Investi-

J. HEYDN/MICHAEL SCHMIDL, Der Handel mit gebrauchter Software und der Erschöpfungsgrundsatz, K&R 2006, 74; PETER HUPPERTZ, Handel mit Second Hand-Software, CR 2006, 145; OLAF SOSNITZA, Die urheberrechtliche Zulässigkeit des Handels mit «gebrauchter» Software, K&R 2006, 206; MALTE GRÜTZMACHER, «Gebrauchtssoftware» und Erschöpfungslehre, ZUM 2006, 302; GERALD SPINDLER, Der Handel mit Gebrauchtssoftware, CR 2008, 69; HELMUT HABERSTUMPF, Der Handel mit gebrauchter Software und die Grundlagen des Urheberrechts, CR 2009, 345; RALF HERZOG, Handel mit gebrauchter Software, Diss. Leipzig, Baden-Baden 2009; JOCHEN SCHNEIDER, Handbuch des EDV-Rechts, 4. A., Köln 2009, Kap. C Rz. 141 ff.; JOCHEN MARLY, Praxishandbuch Software-recht, 5. A., München 2009, Rz. 196 ff.

⁴ Siehe z.B. CLARA-ANN GORDON, Handel mit Secondhand-Volumenlizenzen – auch ohne Zustimmung des Urhebers zulässig?, sic! 2008, 758; CYRILL P. RIGAMONTI, Der Handel mit Gebrauchtssoftware nach schweizerischem Urheberrecht, GRUR Int. 2009, 14; LUKAS MORSCHER/LARA DORIGO, Software-Lizenzverträge, Erschöpfung bei Computerprogrammen und Gebrauchthandel mit Softwarelizenzen, in: Florian S. Jörg/Oliver Arter (Hrsg.), Internet-Recht und IT-Verträge, 2. A., Zürich 2009, 17.

⁵ In der Umgangssprache ist auch von Softwarelizenzen die Rede, doch ist dieser Ausdruck im wissenschaftlichen Sprachgebrauch zu vermeiden, wenn man nicht auf die Suggestivwirkung des schillernden Lizenzbegriffs abstellen will.

⁶ Zur Terminologie RIGAMONTI (FN 4), 15; vgl. dazu schon THOMAS HOEREN, Ausschluss der Gewährleistung bei Gebrauchtssoftware, CR 1992, 258; FRANK A. KOCH, Lizenzrechtliche Grenzen des Handels mit Gebrauchtssoftware, ITRB 2007, 141.

tionen zurückzuerlangen. Da technisch kein Unterschied zwischen neuer und gebrauchter Software besteht, finden sich bei entsprechendem Preisabschlag auch interessierte Abnehmer, insbesondere bei Standardsoftware⁷. In der Praxis wird die Veräusserung nicht selten über Zwischenhändler abgewickelt, die Ersterwerbern die nicht mehr benötigte Software abkaufen und dann an Dritte weiterveräussern. Damit treten sie in direkte Konkurrenz zu den Softwareherstellern, die es aus offensichtlichen Gründen vorziehen würden, interessierten Kunden ihre Software zum Neupreis zu verkaufen⁸.

Der Handel mit gebrauchter Software kann in technischer Hinsicht unterschiedlich abgewickelt werden, wobei grundsätzlich zwischen physischem und elektronischem Vertrieb unterschieden werden kann. Beim physischen Vertrieb wird das Computerprogramm auf einem körperlichen Datenträger übergeben, und zwar entweder gespeichert auf einer CD oder DVD oder dann vorinstalliert auf der Festplatte eines Computers (sogenannte OEM-Software)⁹. Beim elektronischen Vertrieb findet demgegenüber keine Übergabe eines körperlichen Datenträgers statt. Das fragliche Computerprogramm wird vielmehr auf einem Server zum Herunterladen bereitgehalten oder mit elektronischer Post an den Erwerber übermittelt. Unabhängig vom Vertriebstyp ist für die Installation oder die Benutzung eines erworbenen Computerprogramms oft die Eingabe eines Softwareproduktschlüssels in der Form eines Zugangscodes erforderlich, der den Erwerbern ebenfalls entweder physisch oder elektronisch zugänglich gemacht wird.

Im professionellen Handel mit Gebrauchtssoftware hat sich jedoch die Praxis herausgebildet, die betreffenden Computerprogramme im Rahmen der Weiterveräusserung soweit möglich weder physisch noch elektronisch an Erwerber zu übermitteln. Vielmehr wird den Abnehmern der Gebrauchtssoftware unter Vorlage oder Übergabe geeigneter Dokumente versichert, dass der Ersterwerber die fragliche Software rechtmässig erworben und im Umfang der Veräusserung auf seinen eigenen Rechnern gelöscht hat¹⁰. Gleichzeitig werden die relevanten Produktschlüssel übergeben

oder zugänglich gemacht. Die Erwerber wiederum greifen zur Installation der erworbenen Software auf eine bereits früher vom Softwarehersteller erworbene Masterkopie zurück oder laden die Software direkt vom Server des Softwareherstellers herunter. Diese Vorgehensweise ermöglicht es den Gebrauchtssoftwarehändlern, die Transaktionskosten zu minimieren, zumal sie selbst kein Interesse an der Nutzung der gehandelten Software haben. Im Kern reduziert sich damit der Handel mit Gebrauchtssoftware nicht selten auf den Handel mit Softwareproduktschlüsseln, allenfalls in Form von Echtheitszertifikaten («Certificates of Authenticity»)¹¹.

Im Folgenden soll die Rechtmässigkeit dieses Handels nach schweizerischem Recht untersucht werden. Zu beachten ist dabei in tatsächlicher Hinsicht, dass zu keinem Zeitpunkt die Zustimmung der Softwarehersteller¹² eingeholt wird und dass die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) der Softwarehersteller typischerweise Weiterveräusserungsverbote oder Zustimmungsvorbehalte enthalten¹³. Es erstaunt daher nicht, dass sich die Softwarehersteller nicht nur auf ihre Urheberrechte, sondern auch auf ihre vertraglichen Rechte berufen, wenn sie gegen die Zulässigkeit des Handels mit Softwareproduktschlüsseln argumentieren. Demgegenüber verweisen die Gebrauchtssoftwarehändler auf den urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatz sowie auf die schuld- und kartellrechtliche Unwirksamkeit der von den Softwareherstellern angerufenen Vertragsklauseln. Es ist daher nachfolgend zuerst auf die urheberrechtlichen (II.) und dann auf die schuld- und kartellrechtlichen Aspekte (III.) einzugehen, bevor ein Fazit (IV.) gezogen werden kann.

II. Urheberrechtliche Aspekte

Da die gehandelten Computerprogramme in aller Regel die erforderliche Schöpfungshöhe nach Art. 2 Abs. 1 URG aufweisen und darum urheberrechtlich geschützte Werke

⁷ Zum Begriff der Standardsoftware, siehe MARLY (FN 3), Rz. 610.

⁸ Zur Bedeutung eines «Occasionsmarktes» für die Preisgestaltung der Softwarehersteller, siehe bereits CORINNA RÜESCH, Die Weitergabe von Standard-Software, Diss. Zürich 1988, 26 f.

⁹ «OEM» steht für «Original Equipment Manufacturer». Gemeint ist damit der Vertrieb von Software, die auf Neucomputern vorinstalliert und nur zusammen mit diesen vertrieben wird. Das fragliche Computerprogramm kann dabei, muss aber nicht, zusätzlich als Archivkopie oder rechnergebundene Wiederherstellungskopie («Recovery CD») auf einem separaten Datenträger mitgeliefert werden (oder auf einer separaten Partition auf der Festplatte des Computers abgespeichert sein); generell zu OEM-Software siehe SCHNEIDER (FN 3), Kap. N Rz. 33 ff.; MARLY (FN 3), Rz. 1060.

¹⁰ Zum Ganzen RIGAMONTI (FN 4), 15.

¹¹ Bei gewissen Softwareherstellern werden die Softwareproduktschlüssel beim physischen Vertrieb von Software in Echtheitszertifikate integriert, die typischerweise auf der Verpackung der mitgelieferten Datenträger oder auf den Gehäusen der mit der Software bespielten Computer angebracht werden und in der Regel mit dem Hinweis versehen sind, dass die Zertifikate nicht separat verkauft werden dürfen. Zur Unzulässigkeit des isolierten Handels mit Echtheitszertifikaten nach deutschem und belgischem Recht, siehe z.B. OLG Frankfurt, MMR 2009, 544; OLG Frankfurt, GRUR-RR 2010, 5; Rechtbank van eerste Aanleg te Gent, Eerste Kamer, A.R. nr. 05/2987/A, Openbare Terechting van 23 September 2009, F° 2196 (englische Zusammenfassung in CRI 2009, 185).

¹² Es wird in diesem Aufsatz generell davon ausgegangen, dass die Softwarehersteller gleichzeitig Inhaber der Urheberrechte am betreffenden Computerprogramm sind.

¹³ Mit Zustimmungsvorbehalten sind hier Klauseln gemeint, welche die Weiterveräusserung der fraglichen Programmexemplare zwar nicht grundsätzlich verbieten, wohl aber nur mit Zustimmung des Softwareherstellers erlauben.

darstellen, ist der Handel mit diesen Programmen auf der Grundlage des dargelegten Sachverhalts und der fehlenden Zustimmung der Softwarehersteller immer dann urheberrechtlich unzulässig, wenn dadurch in die ausschliesslichen Rechte der Urheber eingegriffen wird und dieser Eingriff nicht durch eine gesetzliche Schrankenbestimmung gedeckt ist.

A. Betroffene Verwertungsrechte

Zunächst stellt sich die Frage, inwiefern dem Verhalten der Gebrauchtsoftwarehändler überhaupt urheberrechtliche Relevanz zukommt, denn es werden nach dem zu beurteilenden Sachverhalt auf den ersten Blick gar keine Computerdateien gehandelt, die das Werk verkörpern, sondern eben nur Softwareproduktschlüssel, die als kurze Zahlen- und Buchstabenkombinationen selbst keine urheberrechtlichen Werke darstellen. Allerdings sind es gerade diese Produktschlüssel, die den Erwerbern die Installation oder die Nutzung eines bestimmten Computerprogramms technisch meist erst ermöglichen. Hinzu kommt, dass in aller Regel die Kenntnis des Produktschlüssels genügt, um ein bestimmtes Programmexemplar zu nutzen, denn der Zugriff auf die für die Installation erforderlichen Computerdateien ist oft anderweitig möglich, nicht zuletzt über Webserver der Softwarehersteller. Mit anderen Worten ist es letztlich der Produktschlüssel, der dem Inhaber die Herrschaft über ein bestimmtes Exemplar eines Computerprogramms verschafft. Nur aus diesem Grund werden solche Produktschlüssel überhaupt gehandelt. Es liegt daher nahe, den Rechtsgedanken von Art. 922 Abs. 1 ZGB aufzugreifen und in der Übertragung eines Softwareproduktschlüssels ein technisches Mittel zur Übertragung der tatsächlichen Herrschaft über ein bestimmtes Exemplar eines Computerprogramms zu sehen. Die Übergabe eines Softwareproduktschlüssels ist damit der Übergabe eines Werkexemplars eines Computerprogramms gleichzustellen. Diese Gleichstellung ist freilich nur so lange sinnvoll, wie es den Softwareherstellern nicht gelingt, die Produktschlüssel zu sperren oder ihnen durch Einsatz anderer technischer Massnahmen ihre Funktion als Traditionssurrogat zu nehmen, doch scheint dies den Softwareherstellern bisher noch nicht umfassend geglückt zu sein¹⁴.

Ersetzt die Übergabe von Softwareproduktschlüsseln also funktionell die Übergabe von Programmexemplaren, dann liegt im Handel mit solchen Schlüsseln auf jeden Fall ein Ein-

griff in das Verbreitungsrecht der Softwarehersteller¹⁵. Würde der Produktschlüssel über das Internet beliebigen Dritten gegenüber zugänglich gemacht, was beim Gebrauchtsoftwarehandel allerdings kaum der Fall ist, dann wäre auch das Recht auf Zugänglichmachung tangiert¹⁶. Darüber hinaus muss auch ein Eingriff in das Vervielfältigungsrecht¹⁷ in Betracht gezogen werden. Zwar liegt im blossen Vertrieb eines Softwareproduktschlüssels noch keine Vervielfältigung des betreffenden Computerprogramms. Hingegen werden vom Erwerber des Softwareproduktschlüssels im Rahmen der Installation und Nutzung des fraglichen Computerprogramms unweigerlich Vervielfältigungen angefertigt. Das Bereitstellen des Produktschlüssels für diese Zwecke durch den Gebrauchtsoftwarehändler dürfte dann als Teilnahme an den Vervielfältigungshandlungen des Erwerbers zu qualifizieren sein¹⁸.

Der Handel mit Softwareproduktschlüsseln ist also mit Bezug auf verschiedene ausschliessliche Rechte des Urhebers relevant, sodass sich die Gebrauchtsoftwarehändler zu ihrer Verteidigung nicht darauf berufen können, dass sie nur Produktschlüssel, aber keine Computerdateien in physischer oder elektronischer Form übertragen beziehungsweise übertragen erhalten. Der Handel mit Produktschlüsseln und solche Schlüssel inkorporierenden Echtheitszertifikaten ist mithin urheberrechtlich nur dann zulässig, wenn er von einer gesetzlichen Schrankenbestimmung gedeckt ist.

B. Erschöpfungsgrundsatz

1. Tatbestand

Als gesetzliche Schrankenbestimmung kommt vorliegend praktisch nur der Erschöpfungsgrundsatz in Frage, der für Computerprogramme in Art. 12 Abs. 2 URG geregelt ist. Danach darf ein vom Urheber veräussertes Computerprogramm gebraucht oder weiterveräussert werden. Entscheidend ist also, ob das fragliche Computerprogramm mit Zustimmung des Urhebers veräussert wurde. Mit dem unscharfen Begriff «Computerprogramm» kann in diesem Zusammenhang selbstverständlich nicht das Programm als Werk gemeint sein, sondern nur ein konkretes Programmexemplar¹⁹. Die Zustimmung des Urhebers zur erstmaligen Veräusserung liegt beim Handel mit Gebrauchtsoftware de-

¹⁴ Zu entsprechenden Vorkehrungen von Microsoft, siehe SCHNEIDER (FN 3), Kap. C Rz. 136a; zur theoretischen Zulässigkeit der für Zweiterwerber wohl kaum praktikablen Umgehung solcher technischer Massnahmen auf der Grundlage von Art. 39a Abs. 4 URG, siehe MORSCHER/DORIGO (FN 4), 67. Zu prüfen wäre auch, inwiefern solche technischen Massnahmen Mängel darstellen, deren Behebung der Ersterwerber allenfalls auf vertraglicher Grundlage verlangen könnte.

¹⁵ Art. 10 Abs. 2 lit. b URG.

¹⁶ Art. 10 Abs. 2 lit. c URG. Vgl. dazu auch den Sachverhalt des Urteils des BGH, GRUR 2009, 864.

¹⁷ Art. 10 Abs. 2 lit. a URG.

¹⁸ Die Rechtsgrundlage dafür wäre letztlich Art. 50 Abs. 1 OR; siehe dazu auch BGE 107 II 82 (92 f.) E. 9a.

¹⁹ Vgl. auch RIGAMONTI (FN 4), 17; MORSCHER/DORIGO (FN 4), 38 Fn. 63; DENIS BARRELET/WILLI EGLOFF, Das neue Urheberrecht, 3. A., Bern 2008, N 1a zu Art. 12 URG; RETO M. HILTY, Lizenzvertragsrecht, Bern 2001, 261 Fn. 285; ROBERT G. BRINER, Ausgewählte Grundprobleme des Softwareschutzes im neuen URG, SMI 1993, 205, 210.

fnitionsgemäss vor, sodass es für den Eintritt der Erschöpfungswirkungen einzig darauf ankommt, ob eine «Veräusserung» vorliegt. Nach ganz herrschender Auffassung setzt dies voraus, dass der Softwarehersteller dem Ersterwerber die endgültige tatsächliche Herrschaft über ein Exemplar des fraglichen Computerprogramms verschafft²⁰. Die dauerhafte Überlassung zur freien Verfügung gegen einmaliges Entgelt stellt demnach in aller Regel eine Veräusserung dar, während eine zeitlich beschränkte Überlassung gegen Zahlung periodischer Gebühren typischerweise nicht als Veräusserung zu qualifizieren ist. Entgegen einiger weniger Stimmen in der Lehre²¹ kommt es dagegen nicht darauf an, wie das fragliche Programmexemplar vertrieben wird. Insbesondere spielt es keine Rolle, ob der Softwarehersteller dem Ersterwerber das Programm auf einem physischen Datenträger übergibt oder ob er es lediglich auf einem Server zum Herunterladen bereitstellt.

Die Erschöpfungswirkungen treten also nicht nur beim physischen, sondern auch beim elektronischen Softwarevertrieb ein²², solange die Transaktion zwischen Softwareher-

steller und Ersterwerber materiell als Veräusserung zu werten ist²³. Dies dürfte bei der als Gebrauchtssoftware gehandelten Standardsoftware unabhängig von der Bezeichnung der betreffenden Verträge nicht selten der Fall sein, muss aber stets im Einzelfall geprüft werden. Jedenfalls können die Softwarehersteller die Anwendbarkeit des Erschöpfungsgrundsatzes nicht dadurch verhindern, dass sie vom physischen zum elektronischen Vertrieb wechseln, sondern nur (aber immerhin) dadurch, dass sie keine Programmexemplare veräussern, wie es z.B. bei Geschäftsmodellen wie Application Service Providing (ASP), Software as a Service (SaaS) oder Cloud Computing der Fall ist²⁴. Entscheidend ist die Rechtsnatur des Geschäfts zwischen dem Softwarehersteller als Inhaber der Urheberrechte am Computerprogramm und dem Erwerber des konkreten Programmexemplars. Die Gleichstellung von physischem und elektronischem Softwarevertrieb hat potentiell weitreichende Folgen, weil dadurch der Rechtsverkehr mit Programmkopien von der Anbindung an einen physischen Datenträger gelöst wird. Gehandelt werden damit streng genommen nicht mehr Rechte an körperlichen Datenträgern, sondern Rechte an virtuellen Programmkopien. Zugespitzt formuliert wird das Recht *am Werkexemplar* damit zum Recht *auf ein Werkexemplar*²⁵.

2. Rechtsfolgen

Tritt im konkreten Fall Erschöpfung ein, so bestehen die Wirkungen gemäss Art. 12 Abs. 2 URG darin, dass die physisch oder elektronisch erworbene Programmkopie gebraucht oder weiterveräussert werden darf. Für den Handel mit Softwareproduktschlüsseln stellt sich dann die Frage, ob die Weiterveräusserung durch den Ersterwerber in der gleichen Vertriebsart erfolgen muss wie die Erstveräusserung oder ob die Vertriebsart gewechselt werden kann, indem z.B. bei vorinstallierter Software nicht der gesamte Computer samt installiertem Computerprogramm oder bei einem Softwarepaket nicht der gesamte Inhalt des Pakets, sondern nur der zur fraglichen Programmkopie gehörende Produktschlüssel an den Zweiterwerber übertragen wird. Da es nicht Zweck des Weiterveräusserungsbegriffs ist, eine bestimmte Vertriebsart festzulegen, sondern den Eintritt der Erschöpfungswirkungen auf kaufähnliche Softwareüberlassungsformen zu beschränken und vermietähnliche Überlassungsformen

²⁰ RIGAMONTI (FN 4), 20; BARRELET/EGLOFF (FN 19), N 1a zu Art. 12 URG; MORSCHER/DORIGO (FN 4), 40, 49; GEORG RAUBER, Erlaubte Nutzung von Computersoftware, FS Peter Forstmoser, Zürich 2008, 463, 466; DERS., Computersoftware, in: Magda Streuli-Youssef (Hrsg.), Urhebervertragsrecht, Zürich 2006, 119, 135 f., 157, 159; JOSEF GELLIS, Softwarelizenz: Die Stellung des Lizenznehmers bei Veräusserung des Schutzrechts durch den Lizenzgeber oder bei dessen Konkurs, sic! 2005, 439, 441 Fn. 19; LUKAS BÜHLER, Schweizerisches und internationales Urheberrecht im Internet, Diss. Fribourg 1999, 193 ff., 275 ff.; EMIL NEFF/MATTHIAS ARN, Urheberrecht im EDV-Bereich, in: Roland von Büren/Lucas David (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, SIWR II/2, 2. A., Basel 1998, 232 f., 247 f., 250; FELIX H. THOMANN, Softwareschutz durch das Urheberrecht, in: Felix H. Thomann/Georg Rauber (Hrsg.), Softwareschutz, Bern 1998, 28; GIANNI FRÖHLICH-BLEULER, Urheberrechtliche Nutzungsbefugnisse des EDV-Anwenders, AJP/PJA 1995, 569, 573; FRANZ X. STIRNIMANN, Urhebertkartellrecht, Diss. Zürich 2004, 78 f.; HILTY (FN 19), 236, 769; DERS., Der Schutz von Computerprogrammen, sic! 1997, 128, 134 f.; vgl. auch RÜESCH (FN 8), 72 f.; GORDON (FN 4), 761; WOLFGANG STRAUB, Informatikrecht, Bern 2003, 21, 91.

²¹ Siehe z.B. THOMAS SEMADENI, Erschöpfungsgrundsatz im Urheberrecht, Diss. Zürich, Bern 2004, 148, 150; gl.M. wohl auch HERBERT PFORTMÜLLER, in: Barbara K. Müller/Reinhard Oertli (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz (URG), Bern 2006, N 10 zu Art. 12 URG.

²² Diese Auslegung von Art. 12 Abs. 2 URG ist sowohl völkerrechts- als auch europarechtskonform; dazu RIGAMONTI (FN 4), 20 ff.; a.M. mit Bezug auf das europäische Recht MORSCHER/DORIGO (FN 4), 44 ff. Zur (kontroversen) europarechtlichen Auseinandersetzung siehe jüngst auch OLAF SOSNITZA, Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben und urheberrechtlicher Gestaltungsspielraum für den Handel mit gebrauchter Software, ZUM 2009, 521; ANDREAS WIEBE, The Principle of Exhaustion in European Copyright Law and the Distinction Between Digital Goods and Digital Services, GRUR Int. 2009, 114.

²³ Vgl. in diesem Zusammenhang auch SCHNEIDER (FN 3), Kap. C Rz. 145, der für das deutsche Recht mit Bezug auf den elektronischen Softwarevertrieb für eine Trennung von Online-Nutzung und Online-Bezug nach dem Vertragszweck plädiert und für Letzteren Erschöpfung eintreten lassen will, wenn die Überlassung auf Dauer gerichtet ist.

²⁴ Siehe dazu generell JÜRGEN TAEGER, Die Entwicklung des Computerrechts, NJW 2010, 25; FABIAN SCHUSTER/WOLFGANG REICHL, Cloud Computing & SaaS: Was sind die wirklich neuen Fragen?, CR 2010, 38.

²⁵ RIGAMONTI (FN 4), 25.

davon auszuschließen, darf davon ausgegangen werden, dass der Begriff der Weiterveräußerung technologie-neutral auszulegen ist und daher auch ein Wechsel der Übertragungsart zulässig sein muss. Nur so kann auch die erforderliche Kongruenz zwischen den Begriffen der Veräußerung und der Weiterveräußerung in Art. 12 Abs. 2 URG gewahrt werden. Selbstverständlich darf ein Wechsel der Vertriebsform nicht dazu führen, dass statt einer mehrere Programmkopien gleichzeitig genutzt werden. Wenn der Ersterwerber also bei vorinstallierter Software oder bei Softwarepaketen lediglich den Produktschlüssel für das fragliche Programmexemplar weitergibt, so darf nach Abschluss der Transaktion kein Exemplar bei ihm zurückbleiben, weil er mit der Weiterveräußerung seinen gesetzlichen Status als rechtmäßiger Erwerber (beziehungsweise Besitzer) des Programmexemplars²⁶ verloren hat. Der Ersterwerber hat daher die bei ihm verbleibenden Exemplare unverzüglich zu löschen beziehungsweise zu zerstören, will er sich nicht berechtigten Urheberrechtsansprüchen des Softwareherstellers aussetzen. Allerdings ist diese Löschung keine Voraussetzung für den Eintritt der Erschöpfungswirkungen²⁷ und damit der Rechtmäßigkeit des Gebrauchs oder der weiteren Veräußerung des Programmexemplars durch den Zweiterwerber.

Da sich der Erschöpfungsgrundsatz auf das Vertriebsrecht beschränkt, ist weiter zu prüfen, ob eine technologie-neutrale Auslegung des Begriffs der Weiterveräußerung am Vervielfältigungsrecht oder am Recht der Zugänglichmachung scheitert, für die auch bei der Veräußerung eines Programmexemplars keine Erschöpfung eintritt. Das Recht auf Zugänglichmachung wäre – wie bereits erwähnt – nur dann verletzt, wenn die fraglichen Produktschlüssel mehr als einer Person zugänglich gemacht würden, indem sie etwa auf einer Webseite zum Abruf durch eine Mehrheit von Personen freigegeben würden. In diesem Fall könnte sich der Veräußerer nicht auf den Erschöpfungsgrundsatz berufen. Solche Fälle dürften beim Gebrauchtssoftwarehandel aber praktisch nicht vorkommen, weil sich bei freier Zugänglichkeit der Produktschlüssel kaum Käufer dafür finden würden. Solange die Veräußerer aber sicherstellen, dass der Zugang zum fraglichen Produktschlüssel technisch nur dem jeweiligen Erwerber möglich ist und Dritte vom Zugriff ausgeschlossen sind, steht das Recht der Zugänglichmachung einer elektronischen Übermittlung des Softwareschlüssels nicht im Wege. Schwieriger gestaltet sich die Rechtslage mit Bezug auf das Vervielfältigungsrecht, denn der Handel mit Softwareproduktschlüsseln basiert gerade darauf, dass sich die Zweiterwerber die zur Installation des erworbenen Programmexemplars notwendigen Computerdateien selbst

beschaffen, entweder indem sie auf eine bei ihnen bereits vorhandene Masterkopie zurückgreifen oder indem sie die fraglichen Dateien direkt beim Softwarehersteller beziehen. Diese Vorgänge führen unweigerlich dazu, dass das betreffende Computerprogramm vervielfältigt wird, und zwar in aller Regel vom Zweiterwerber, also weder vom Softwarehersteller noch vom Ersterwerber noch vom Gebrauchtssoftwarehändler. Der Zweiterwerber ist aber – wie jeder andere rechtmäßige Erwerber auch – von Gesetzes wegen dazu berechtigt, das erworbene Computerprogramm zu gebrauchen und zu diesem Zweck die erforderlichen Programmkopien herzustellen²⁸. Insofern sind die vom Zweiterwerber allenfalls hergestellten Programmkopien urheberrechtsfrei²⁹, wobei es auch keine Rolle spielt, welche Kopiervorlage der Zweiterwerber zur Herstellung seines Programmexemplars benutzt³⁰. Die berechtigten Interessen der Softwarehersteller werden dadurch gewahrt, dass die Nutzer eines bestimmten Computerprogramms nach Art. 8 ZGB die Beweislast dafür trifft, dass sie zur Nutzung des fraglichen Programmexemplars berechtigt sind. Aus diesem Grund arbeiten professionelle Gebrauchtssoftwarehändler mit Dokumenten und Bestätigungen, die es ihren Abnehmern ermöglichen sollen, den Beweis des rechtmässigen Erwerbs zu führen³¹.

C. Spezialfall Volumenlizenzen

Nach dem Gesagten ist der Handel mit Softwareproduktschlüsseln bei vom Softwarehersteller veräußerter Software grundsätzlich urheberrechtlich zulässig. Nachzutragen ist noch die wirtschaftlich besonders bedeutsame Sachverhaltskonstellation des Handels mit Volumenlizenzen. Bei Volumenlizenzen räumt der Softwarehersteller dem Ersterwerber das Recht ein, von einem einzigen Installationsmedium, der Masterkopie, Programmkopien bis zu einer im Voraus vereinbarten maximalen Anzahl herzustellen, zu installieren und gleichzeitig zu nutzen³². Von vornherein unproblema-

²⁸ Art. 12 Abs. 2 URG i.V.m. Art. 17 Abs. 1 lit. a URV.

²⁹ Im Ergebnis gleich MORSCHER/DORIGO (FN 4), 49 f.

³⁰ Dazu ausführlich RIGAMONTI (FN 3), 24 f. Theoretisch wäre wohl selbst eine illegal hergestellte und vertriebene Programmkopie als Kopiervorlage zulässig, solange der zur Installation oder Nutzung verwendete Softwareproduktschlüssel rechtmässig erworben wurde und der Zweiterwerber daher den Status eines rechtmässigen Erwerbers innehat, was allerdings nichts an der Widerrechtlichkeit der etwaigen Nutzung der illegalen Programmkopie vor dem rechtmässigen Erwerb des Softwareproduktschlüssels ändern würde.

³¹ Ob dies gelingt, ist freilich eine andere Frage; vgl. dazu LG Frankfurt a.M., Urteil 2-06 O 401/09 vom 7. Oktober 2009; LG Frankfurt a.M., Urteil 2-06 O 556/09 vom 6. Januar 2010.

³² Vgl. dazu auch HABERSTUMPF (FN 3), 351; PETER HOPPEN, Die technische Seite der Softwarelizenzierung, CR 2007, 129, 131; GEORG RAUBER, Use Restrictions in Softwareverträgen, in: Florian S. Jörg/Oliver Arter (Hrsg.), Internet-Recht und IT-Verträge, 2. A., Zürich 2009, 139, 163.

²⁶ Dazu Art. 12 Abs. 2 URG i.V.m. Art. 17 Abs. 1 lit. a URV.

²⁷ RIGAMONTI (FN 4), 24 Fn. 153; so für das deutsche Recht auch GRÜTZMACHER (FN 3), 303; CHRISTIAN BERGER, Urheberrechtliche Erschöpfungslehre und digitale Informationstechnologie, GRUR 2002, 198, 202.

tisch ist die Weitergabe der Volumenlizenzen als Gesamtpaket. Umstritten ist hingegen die Frage, ob es zulässig ist, das Paket in eine bestimmte Anzahl Programmexemplare aufzuteilen und diese dann getrennt weiterzuveräußern, wofür sich in der Praxis der ungenaue Begriff der Abspaltung oder Aufspaltung³³ etabliert hat. Ein solches Vorgehen ist für die Gebrauchtsoftwarehändler wirtschaftlich deshalb besonders interessant, weil die Möglichkeit der getrennten Weiterveräußerung einzelner Programmexemplare die Handelbarkeit des fraglichen Computerprogramms erhöht und weil sich die degressiven Preisstrukturen der Softwarehersteller so positiv auf die Marge der Gebrauchtsoftwarehändler auswirken können.

Mit Bezug auf die juristische Einschätzung des Handels mit Volumenlizenzen ist zunächst festzuhalten, dass entgegen der sprachüblichen Bezeichnung gar nicht mit Lizenzen im Rechtssinn gehandelt wird, denn diese sind nach heutigem schweizerischem Verständnis rein vertraglicher Natur³⁴ und können schon deshalb nicht ohne Zustimmung des Lizenzgebers auf einen Dritten übertragen werden. Gehandelt werden immer nur absolute Rechte an konkreten Programmexemplaren, nicht relative Rechte aus etwaigen Lizenzverträgen zwischen Softwareherstellern und Ersterwerbern³⁵. Nur mit Bezug auf solche Rechte an Programmexemplaren kann überhaupt eine Erschöpfung eintreten. Das zur Benutzung des erworbenen Programmexemplars erforderliche Gebrauchsrecht und die damit zusammenhängende Befugnis zur Herstellung von Programmkopien ergibt sich denn auch nicht aus der Übertragung einer vertraglichen Lizenz, sondern direkt aus dem Gesetz³⁶. Es ist daher irreführend, wenn im Zusammenhang mit Gebrauchtsoftware gemeinhin von Lizenzhandel die Rede ist, auch wenn sich die betroffenen Kreise der Softwarebranche durchwegs diesem untechnischen Sprachgebrauch verschrieben haben. Das Abstellen auf Rechte an Programmexemplaren hat Konsequenzen für die juristische Beurteilung der Zulässigkeit des Handels mit Gebrauchtsoftware im Rahmen unterschiedlicher Lizenztypen. Wenn sich z.B. aus dem Vertrag zwischen Softwarehersteller und Ersterwerber ergibt, dass nur ein Programmexemplar veräußert werden soll, auch wenn der Ersterwerber vertraglich dazu berechtigt ist, mehrere Rechner gleichzeitig auf das fragliche Computerprogramm zugreifen zu lassen, dann kann auch nur ein Programmexemplar weiterveräußert werden. Es ist demnach bei Netzwerklizenzen nicht zulässig, einzelne Zugriffsberechtigungen an Dritte zu übertragen, und zwar auch dann nicht, wenn der Zweiterwerber bereits ein anderes Programmexemplar vom Softwarehersteller erworben hat und es nur darum geht, Nutzungsberechtigungen auf-

zustoßen³⁷, denn dies käme einem Handel mit vertraglichen Lizenzen gleich, der durch den Erschöpfungsgrundsatz nicht gedeckt ist und nicht ohne Zustimmung des Softwareherstellers vorgenommen werden kann.

Bei Volumenlizenzen im vorne definierten Sinne verhält es sich jedoch gerade anders als bei Netzwerklizenzen, weil es dabei letztlich nur darum geht, den Softwarevertrieb technisch und organisatorisch zu vereinfachen. Statt dem Ersterwerber eine der maximalen Nutzerzahl entsprechende Anzahl physischer Datenträger zu übergeben, wird er zum Zugriff auf eine physische oder elektronische Masterkopie ermächtigt und angewiesen, die entsprechende Anzahl Programmkopien selbst herzustellen. Urheberrechtlich kann es jedoch nicht darauf ankommen, ob der Softwarehersteller dem Ersterwerber eine Reihe von Datenträgern übergibt oder dieser die notwendigen Programmkopien mit Zustimmung des Softwareherstellers selbst herstellt³⁸. Die Zustimmung zur Veräußerung dieser Programmkopien liegt im Zeitpunkt vor, in dem der Softwarehersteller dem Ersterwerber die Masterkopie übergibt. Gleichzeitig treten auch die Erschöpfungswirkungen ein, und zwar mit Bezug auf sämtliche Programmexemplare, die der Ersterwerber mit Zustimmung des Urhebers herstellen darf. Dabei spielt es keine Rolle, ob der Ersterwerber allenfalls verpflichtet ist, die Masterkopie dem Softwarehersteller nach Herstellung der fraglichen Programmexemplare zurückzugeben³⁹. Damit kann der Eintritt der Erschöpfungswirkungen mit Bezug auf diese Programmexemplare nicht rückgängig gemacht werden, solange diese nach dem Vertrag zwischen Softwarehersteller und Ersterwerber als urheberrechtlich veräußert zu gelten haben⁴⁰. Dieses Ergebnis ist auch rechtspolitisch richtig, denn die technische Vereinfachung des Softwarevertriebs alleine vermag eine unterschiedliche Beurteilung der Erschöpfungsfrage nicht zu rechtfertigen. Bis zur Höhe der maximalen Nutzeranzahl tritt daher bei Volumenlizenzen an jeder Programmkopie einzeln Erschöpfung ein, und bis zu dieser Höhe kann auch mit Softwareproduktschlüsseln für Volumenlizenzen urheberrechtlich frei gehandelt werden, und zwar in beliebig unterteilten Mengen.

III. Schuld- und kartellrechtliche Aspekte

Die vorstehende Analyse hat ergeben, dass der Handel mit Softwareproduktschlüsseln aus urheberrechtlicher Sicht unabhängig von der Vertriebsart zulässig ist, solange sich diese Schlüssel auf Exemplare von Computerprogrammen beziehen, die vom Inhaber der Urheberrechte im Rechts-

³³ Zu Recht kritisch gegenüber der Metapher der Aufspaltung ist auch MARLY (FN 3), Rz. 206.

³⁴ Umfassend dazu HILTY (FN 19), 107 ff., 147 f.

³⁵ A.M. offenbar GORDON (FN 4), 759.

³⁶ Art. 12 Abs. 2 URG i.V.m. Art. 17 Abs. 1 URV.

³⁷ A.M. MORSCHER/DORIGO (FN 4), 58; vgl. für das deutsche Recht auch HABERSTUMPF (FN 3), 352 f.

³⁸ Zum Ganzen RIGAMONTI (FN 4), 26.

³⁹ A.M. wohl GORDON (FN 4), 761.

⁴⁰ Gl.M. RAUBER (FN 32), 163.

sinne veräussert, also insbesondere nicht bloss zum zeitlich beschränkten Gebrauch überlassen wurden. Allerdings sehen die Softwarehersteller in ihren AGB nicht selten Veräusserungsverbote⁴¹ oder Zustimmungsvorbehalte vor. Es stellt sich daher die Frage, wie solche Klauseln aus schuld- und kartellrechtlicher Sicht zu beurteilen sind.

A. Schuldrechtliche Fragen

1. Vorbemerkung

Aus vertragsrechtlicher Sicht ist vorab darauf hinzuweisen, dass es durchaus sein kann, dass zwischen Softwarehersteller und Erwerber überhaupt kein Vertrag abgeschlossen wird, weil je nach Vertriebskanal diverse Händler zwischengeschaltet sein können⁴². Zwar mögen die AGB des Softwareherstellers dem Softwareprodukt beiliegen oder beim Installieren des Computerprogramms angezeigt werden, doch liegt gar kein Vertrag des Erwerbers mit dem Softwarehersteller vor, in den die AGB einbezogen werden könnten. Gleichzeitig scheidet das Einbeziehen dieser AGB in den Vertrag des Erwerbers mit dem Händler in aller Regel daran, dass die AGB für die Erwerber im Zeitpunkt des Erwerbs der betreffenden Software nicht in zumutbarer Weise zugänglich sind und erst nach Erfüllung des Vertrags mit dem Händler überhaupt eingesehen werden können⁴³. Auch ist zumindest fraglich, ob das Erzwingen der nachträglichen Zustimmung des Erwerbers mittels technischer Massnahmen wie Produktaktivierung oder durch Androhung der Sperrung des Programms für den Fall der Nichtzustimmung zu einem «Entervertrag» zur wirksamen Übernahme der AGB des Softwareherstellers führen kann⁴⁴. Die Frage kann indessen offen gelassen werden, weil es an dieser Stelle nur darum geht, die grundsätzliche Problematik des Vertragsschlusses zwischen dem Softwarehersteller und dem Erwerber für den Fall des Softwarevertriebs über unabhängige Dritte aufzuzeigen. Im Übrigen ist ein direkter Vertragsschluss zwischen Softwareherstellern und Erwerbern im gewerblichen Bereich nicht selten, ganz abgesehen davon, dass von den Softwareherstellern teilweise ausgewählte Zwischenhändler («Distributoren») eingesetzt werden, deren AGB von den Softwareherstellern vertraglich vorgeschrieben werden, sodass auf diese Weise die AGB der Softwarehersteller wenigstens materiell in die Verträge der

Zwischenhändler mit den Erwerbern einfließen⁴⁵. Es wird daher nachfolgend davon ausgegangen, dass die AGB der Softwarehersteller entweder in einen Vertrag zwischen Softwarehersteller und Erwerber oder dann in einen Vertrag zwischen Distributor und Erwerber übernommen werden. Etwas genauer zu prüfen ist aber, inwiefern Veräusserungsverbote und Zustimmungsvorbehalte in solchen AGB schuldrechtlich wirksam sind und von den Softwareherstellern angerufen werden können, wenn es darum geht, den Handel mit Gebrauchtssoftware zu unterbinden.

2. AGB-Kontrolle

Mit Blick auf vertragliche Veräusserungsverbote und Zustimmungsvorbehalte ist zunächst allgemein festzuhalten, dass der Eintritt der Erschöpfungswirkungen auf vertraglichem Wege nicht mit urheberrechtlicher Wirkung beschränkt oder ausgeschlossen werden kann⁴⁶. Hingegen sind Individualabreden, die dem urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatz entgegenstehen, nach der wohl herrschenden Lehre zulässig, entfalten aber freilich nur schuldrechtliche Wirkungen⁴⁷. Veräusserungsverbote und Zustimmungsvorbehalte, die in den AGB der Softwarehersteller enthalten sind, haben dieselben obligatorischen Wirkungen, unterstehen aber bekanntlich noch den durch Lehre und Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen der schuldrechtlichen⁴⁸ AGB-Kontrolle⁴⁹.

Im vorliegenden Zusammenhang steht im Rahmen der AGB-Kontrolle die Ungewöhnlichkeitsregel im Vordergrund, wonach die globale Übernahme vorformulierter Klauseln in AGB dann nicht wirksam ist, wenn es sich um überraschende oder atypische Bestimmungen handelt, mit denen die zustimmende Partei nicht rechnete und im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vernünftigerweise auch nicht rechnen musste⁵⁰.

⁴¹ Mit Blick auf die Ausführungen zu den Volumenlizenzen vorne im Text (Ziff. II.C.) sind «Aufspaltungsverbote» mit Veräusserungsverboten gleichzusetzen; vgl. dazu auch MALTE GRÜTZMACHER, Gebrauchtssoftwarehandel mit erzwungener Zustimmung – eine gangbare Alternative?, CR 2010, 141, 144.

⁴² Vgl. auch HILTY (FN 19), 278.

⁴³ RAUBER (FN 32), 157; HILTY (FN 19), 280 ff.; BARBARA M. NESTLÉ, Der Abschluss von Shrink-Wrap- und Online-Software-Lizenzverträgen, sic! 1999, 219, 225, 228 ff.

⁴⁴ Ablehnend mit Bezug auf eine nachträgliche Zustimmung z.B. NESTLÉ (FN 43), 230; generell zu dieser Problematik auch HILTY (FN 19), 281 ff.

⁴⁵ Zu dieser Konditionenbindung zweiter Hand, siehe auch JOCHEN SCHNEIDER, Rechnerspezifische Erschöpfung bei Software im Bundle ohne Datenträgerübergabe, CR 2009, 553, 554 f.

⁴⁶ BGE 124 III 321 (334) E. 3.

⁴⁷ RAUBER (FN 32), 161; FRÖHLICH-BLEULER (FN 20), 573 f.; MORSCHER/DORIGO (FN 4), 62; GORDON (FN 4), 761 f.; MELCHIOR CADUFF, Die urheberrechtlichen Konsequenzen der Veräusserung von Computerprogrammen, Diss. Bern 1997, 134.

⁴⁸ Zur lauterkeitsrechtlichen AGB-Kontrolle nach Art. 8 UWG, siehe hinten im Text bei FN 66.

⁴⁹ BGE 135 III 1 (7) E. 2.1. Zur AGB-Kontrolle allgemein PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, Bd. I, 9. A., Zürich 2008, N 1116 ff.; INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, 5. A., Bern 2009, 324 ff.; ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, 3. A., Bern 2009, 369 ff.

⁵⁰ Urteil 4C.282/2003 vom 15. Dezember 2003, E. 3.1; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 49), N 1141; vgl. auch BGE 135 III 1 (7) E. 2.1; Urteil 4A_187/2007 vom 9. Mai 2008, E. 5.1; BGE 119 II 443 (446) E. 1a; BGE 108 II 416 (418) E. 1b.

Umgekehrt formuliert sind von der global erklärten Zustimmung zu den fraglichen AGB alle ungewöhnlichen Klauseln ausgenommen, auf deren Vorhandensein die zustimmende Partei nicht gesondert aufmerksam gemacht wurde⁵¹. Die zustimmende Partei muss demnach die betreffenden AGB-Klauseln global übernommen, also entweder nicht gelesen, nicht zur Kenntnis genommen oder in ihrer Tragweite nicht verstanden haben⁵², was im Einzelfall zu beurteilen ist, im Handel mit Standardsoftware aber durchaus die Regel sein dürfte. Sodann müssen die fraglichen AGB-Klauseln sowohl subjektiv als auch objektiv ungewöhnlich sein⁵³. Das vertrauensrechtlich fundierte Erfordernis der subjektiven Ungewöhnlichkeit⁵⁴ – letztlich eine Folge der konzeptionell auf Konsens- statt Inhaltskontrolle ausgerichteten Dogmatik des Bundesgerichts – verunmöglicht es, generelle Aussagen über die vertragsrechtliche Wirksamkeit von Veräusserungsverboten und Zustimmungsvorbehalten in den AGB von Softwareherstellern zu treffen, weil diese theoretisch durch entsprechende Aufklärung der zustimmenden Partei auch objektiv ungewöhnliche Klauseln rechtsgültig zum Vertragsgegenstand machen könnten⁵⁵, wobei dieser Fall in der Praxis wohl die Ausnahme bleiben dürfte. Als weitere Unwägbarkeit kommt in subjektiver Hinsicht hinzu, dass sich «in der Regel»⁵⁶ nur die «schwächere oder weniger geschäftserfahrene» Partei⁵⁷ auf die Ungewöhnlichkeitsregel berufen kann⁵⁸, was ebenfalls nur im konkreten Einzelfall geprüft werden kann. Allerdings gilt als schwächere Partei auch diejenige,

die «unabhängig von ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit [...] gezwungen ist, allgemeine Geschäftsbedingungen als Vertragsbestandteil zu akzeptieren, weil sie andernfalls kaum einen Vertragspartner findet»⁵⁹, sodass die Hürden für die Erfüllung dieses subjektiven Kriteriums selbst dann nicht allzu hoch sein dürften, wenn die zustimmende Partei im konkreten Fall geschäftserfahren ist⁶⁰. Im Unterschied zur subjektiven Ungewöhnlichkeit kann die Frage der objektiven Ungewöhnlichkeit für einen bestimmten Geschäftstyp generell ermittelt werden. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung liegt objektive Ungewöhnlichkeit vor, wenn die fragliche Klausel objektiv beurteilt einen geschäftsfremden Inhalt aufweist, also zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters führt und in erheblichem Masse aus dem Rahmen des gesetzlichen Vertragstypus fällt⁶¹, was letztlich auf eine Inhaltskontrolle im Gewande der Geltungskontrolle hinausläuft⁶². Jedenfalls spielt es danach keine Rolle, ob die fraglichen AGB-Klauseln branchenüblich sind, weil auch branchenübliche Klauseln objektiv ungewöhnlich sein können⁶³.

Mit Bezug auf den vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt dürfte jedenfalls eine objektive Ungewöhnlichkeit von Veräusserungsverboten und Zustimmungsvorbehalten kaum von der Hand zu weisen sein. Bei den in Frage stehenden Geschäften geht es nach der vorstehenden urheberrechtlichen Analyse gerade und ausschliesslich um solche, die zur Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes führen, also um zumindest kaufähnliche Geschäfte, bei denen die Herrschaft über ein bestimmtes Programmexemplar durch Weitergabe des Softwareproduktschlüssels definitiv und dauerhaft zugunsten des Erwerbers aufgegeben wird⁶⁴. In

⁵¹ BGE 119 II 443 (446) E. 1a; Urteil 5C.220/2000 vom 11. Dezember 2000, E. 2a; Urteil 5C.74/2002 vom 7. Mai 2002, E. 2c; Urteil 5C.53/2002 vom 6. Juni 2002, E. 3.1; Urteil 5C.259/2003 vom 15. Juni 2004, E. 4; Urteil 5C.134/2004 vom 1. Oktober 2004, E. 4.2; Urteil 5C.271/2004 vom 12. Juli 2005, E. 2; Urteil 4C.427/2005 vom 4. Mai 2006, E. 2.1; Urteil 4A_186/2007 vom 24. August 2007, E. 5; Urteil 4A_179/2007 vom 12. September 2007, E. 4.2; Urteil 4A_120/2008 vom 19. Mai 2008, E. 2.2; BGE 135 III 225 (227) E. 1.3; Urteil 4A_84/2009 vom 16. Juni 2009, E. 2.1.

⁵² Urteil 4C.282/2003 vom 15. Dezember 2003, E. 3.1; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 49), N 1130.

⁵³ Urteil 4A_187/2007 vom 9. Mai 2008, E. 5.1; Urteil 4C.427/2005 vom 4. Mai 2006, E. 2.1; Urteil 5C.74/2002 vom 7. Mai 2002, E. 2c; Urteil 5C.220/2000 vom 11. Dezember 2000, E. 2a; BGE 109 II 452 (457 ff.) E. 5.

⁵⁴ Dazu THOMAS KOLLER, Einmal mehr: das Bundesgericht und seine verdeckte AGB-Inhaltskontrolle, AJP/PJA 2008, 943, 947 f.

⁵⁵ Vgl. Urteil 4A_187/2007 vom 9. Mai 2008, E. 5.1; KOLLER (FN 49), § 23 N 42.

⁵⁶ BGE 109 II 452 (457) E. 5a.

⁵⁷ Urteil 4A_84/2009 vom 16. Juni 2009, E. 2.1; BGE 135 III 225 (227) E. 1.3; BGE 135 III 1 (7) E. 2.1; Urteil 4A_120/2008 vom 19. Mai 2008, E. 2.2; Urteil 4A_187/2007 vom 9. Mai 2008, E. 5.1; Urteil 4A_179/2007 vom 12. September 2007, E. 4.2; Urteil 4C.427/2005 vom 4. Mai 2006, E. 2.1; Urteil 5C.53/2002 vom 6. Juni 2002, E. 3.1; Urteil 5C.220/2000 vom 11. Dezember 2000, E. 2a; BGE 119 II 443 (446) E. 1a.

⁵⁸ BGE 109 II 452 (457) E. 5a.

⁵⁹ BGE 109 II 452 (457) E. 5a; dazu auch KOLLER (FN 54), 948.

⁶⁰ Im vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt stellt sich vor allem die Frage, ob jemand, der bereits einmal Standardsoftware erworben hat, dadurch automatisch als geschäftserfahren zu gelten hat. Zur Problematik des subjektiven Kriteriums der Geschäftserfahrenheit, siehe allgemein KOLLER (FN 54), 948 f.

⁶¹ Urteil 4A_84/2009 vom 16. Juni 2009, E. 2.1; BGE 135 III 1 (7) E. 2.1; Urteil 4A_120/2008 vom 19. Mai 2008, E. 2.2; Urteil 4A_187/2007 vom 9. Mai 2008, E. 5.1; Urteil 4C.427/2005 vom 4. Mai 2006, E. 2.1; Urteil 5C.74/2002 vom 7. Mai 2002, E. 2c; Urteil 5C.220/2000 vom 11. Dezember 2000, E. 2a; Urteil 5C.215/1999 vom 9. März 2000, E. 4b; BGE 119 II 443 (446) E. 1a; BGE 109 II 452 (458) E. 5b.

⁶² So auch KOLLER (FN 54), 950 f.

⁶³ KOLLER (FN 54), 950. Selbstverständlich können branchenübliche Klauseln auch subjektiv ungewöhnlich sein; siehe z.B. BGE 109 II 452 (458) E. 5b; BGE 119 II 443 (446) E. 1a; Urteil 5C.220/2000 vom 11. Dezember 2000, E. 2a; Urteil 4C.427/2005 vom 4. Mai 2006, E. 2.1; Urteil 4A_187/2007 vom 9. Mai 2008, E. 5.4.3; Urteil 4A_120/2008 vom 19. Mai 2008, E. 2.2.

⁶⁴ Bei Geschäften, die keine urheberrechtliche Erschöpfung bewirken, namentlich bei der bloss vorübergehenden Softwareüberlassung, stellt sich die hier interessierende vertragsrechtliche Frage gar nicht, weil die Weiterveräusserung in diesen

dieser Konstellation wird man den global zustimmenden Erwerbern die berechtigte Erwartung nicht absprechen können, vom Eintritt der Erschöpfungswirkungen Gebrauch machen und frei über das erworbene Programmexemplar verfügen zu können⁶⁵. Die Möglichkeit zur freien Weiterveräußerung gehört unzweifelhaft zum Kern eines kaufähnlichen Veräußerungsgeschäfts, sodass Veräußerungsverbote wie auch Zustimmungsvorbehalte ohne Weiteres als geschäftsfremd und damit als objektiv ungewöhnlich zu qualifizieren sind. Es ist daher durchaus wahrscheinlich, dass solche AGB-Klauseln bei einer Beurteilung durch das Bundesgericht an der Ungewöhnlichkeitsregel scheitern würden, sofern die betreffenden Klauseln im konkreten Einzelfall global übernommen wurden und auch subjektiv ungewöhnlich sind. Aus denselben Gründen wäre grundsätzlich auch das Vorliegen der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 8 UWG zu erwägen, doch dürfte die Anwendung dieser Bestimmung in der Regel am Erfordernis des im Ingress der Norm enthaltenen Tatbestandselements «in irreführender Weise» scheitern⁶⁶. Kategorisch unzulässig sind solche Klauseln aber nicht.

B. Kartellrechtliche Fragen

Ist nach dem Gesagten eine vertragsrechtliche Kontrolle des Verhaltens der Ersterwerber mit Bezug auf die Weiterveräußerung von Programmexemplaren nicht ausgeschlossen, bleibt zu prüfen, ob und unter welchen Voraussetzungen eine solche Kontrolle kartellrechtlich zulässig ist. Im Vordergrund steht dabei die Frage, ob in der Vereinbarung von Veräußerungsverboten und Zustimmungsvorbehalten durch marktbeherrschende⁶⁷ Unternehmen eine kartellrechtlich problematische Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG zu erblicken ist⁶⁸, denn in der Praxis scheint gerade die Standardsoftware marktbeherrschender Unternehmen für die professionellen Gebrauchtssoftwarehändler attraktiv zu sein. Die schweizerische Kartellrechtsliteratur zur Frage der Unangemessenheit

von Geschäftsbedingungen ist relativ unergiebig⁶⁹, weil in der Regel auf unbestimmte Rechtsbegriffe wie (offensichtliche) Unbilligkeit oder Unverhältnismässigkeit abgestellt wird⁷⁰. Für unangemessen gehalten werden aber immerhin Verpflichtungen in Kaufverträgen, wonach der Weiterverkauf des Kaufgegenstands nur nach vorgängiger Zustimmung des Lieferanten zulässig sein soll, weil ein solcher Zustimmungsvorbehalt nichts mit dem Kaufgegenstand zu tun habe und ohne sachliche Rechtfertigung das Eigentum des Käufers in einem wesentlichen Aspekt einschränke⁷¹. Auch die Europäische Kommission hat Zustimmungsvorbehalte in Kaufverträgen schon als unbillige Geschäftsbedingung qualifiziert⁷². Trifft diese Analyse zu, dann muss sie *a fortiori* auch für Veräußerungsverbote gelten, die noch stärker in die Verfügungsgewalt des Eigentümers eingreifen als Zustimmungsvorbehalte. Wegen des jedenfalls kaufähnlichen Charakters der hier zu beurteilenden Veräußerungsgeschäfte lassen sich diese Überlegungen ohne Weiteres auf den Handel mit Softwareproduktschlüsseln übertragen. In der Tat werden Ersterwerber durch solche Klauseln daran gehindert, die ihnen gestützt auf den Erschöpfungsgrundsatz zustehende Möglichkeit der wirtschaftlichen Verwertung des erworbenen Programmexemplars durch Weiterveräußerung wahrzunehmen⁷³. Berücksichtigt man mit Blick auf

Fällen bereits auf urheberrechtlicher Grundlage verhindert werden kann. Soweit im Rahmen von Volumenlizenzverträgen die Masterkopie also nur leihweise übergeben wird, um vorübergehend die Herstellung der vereinbarten Anzahl von Programmexemplaren zu ermöglichen, tritt mit Bezug auf die Masterkopie mangels Veräußerung schon keine Erschöpfung ein, sodass nicht auf vertragliche Veräußerungsverbote zurückgegriffen werden muss, ganz abgesehen davon, dass solche Verbote dann auch nicht ungewöhnlich wären; siehe dazu auch MORSCHER/DORIGO (FN 4), 66.

⁶⁵ Gl.M. NESTLÉ (FN 43), 225; vgl. auch MORSCHER/DORIGO (FN 4), 63 ff.

⁶⁶ Dazu auch KOLLER (FN 54), 943; vgl. demgegenüber aber BGE 119 II 443 (447 f.) E. 1c.

⁶⁷ Zur notorisch schwierigen Abgrenzung des relevanten Marktes, siehe z.B. GRÜTZMACHER (FN 41), 145.

⁶⁸ Vgl. auch MORSCHER/DORIGO (FN 4), 61.

⁶⁹ Gl.M. wohl MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, in: Marc Amstutz/Mani Reinert (Hrsg.), Basler Kommentar Kartellgesetz, Basel 2010, Art. 7 N 313 ff., die vor dem Hintergrund des Fehlens einer kohärenten Theorie zur Bestimmung der Angemessenheit von Geschäftsbedingungen ein kasuistisches Vorgehen vorschlagen.

⁷⁰ Siehe z.B. JÜRGEN BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 2005, N 20 zu Art. 7 KG; ROBERTO DALLAFIOR, in: Eric Homburger/Bruno Schmidhauser/Franz Hoffet/Patrik Ducrey (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, N 122 zu Art. 7 KG; MANI REINERT, in: Baker & McKenzie, Stämpflis Handkommentar zum KG, Bern 2007, N 28 zu Art. 7 KG; ROLF DÄHLER/PATRICK KRAUSKOPF/MARIO STREBEL, Aufbau und Nutzung von Marktpositionen, in: Thomas Geiser/Patrick Krauskopf/Peter Münch (Hrsg.), Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Basel 2005, Rz. 8.91; vgl. auch ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. A., Bern 2005, N 694; Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 23. November 1994 (zit. als «Botschaft KG 95»), BBl 1995 I 468, 572 f.

⁷¹ DALLAFIOR (FN 70), N 124 zu Art. 7 KG; siehe auch AMSTUTZ/CARRON (FN 69), Art. 7 N 316.

⁷² Kommission, ABl. EG Nr. L 72 vom 18. März 1992, 1, N 123 (Tetra-Pak II): «Wenn der Käufer erst Tetra Pak um Zustimmung fragen muss, um eine Sache veräußern zu können, die sein Eigentum ist, oder auch nur anderen zur Nutzung überlassen (Italien), dann hat dies nichts mit dem Gegenstand des vorher abgeschlossenen Verkaufsvertrags zu tun, sondern ist, weil dadurch das Eigentumsrecht in wesentlichen Punkten eingeschränkt wird, eine unbillige Geschäftsbedingung».

⁷³ Vgl. für das europäische Kartellrecht auch THOMAS EILMANBERGER, Immaterialgüterrechtliche und kartellrechtliche As-

die Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG nicht nur die Benachteiligung der Marktgegenseite, sondern auch die Behinderungswirkungen zu Lasten von Drittunternehmen⁷⁴, dann ergibt sich ein noch deutlicheres Bild, denn Veräusserungsverbote und Zustimmungsvorbehalte sind ohne Zweifel dazu geeignet und bestimmt, die Bezugsquellen von Dritten, vorliegend der Gebrauchtsoftwarehändler, einzuschränken oder gar trocken-zulegen⁷⁵. Nach dem Gesetzeswortlaut müssen die Geschäftsbedingungen aber nicht nur unangemessen sein, sondern vom marktbeherrschenden Unternehmen auch erzwungen werden, doch geht die Lehre wohl überwiegend davon aus, dass das Tatbestandsmerkmal des Erzwingens kein qualifiziert missbräuchliches Verhalten voraussetzt und es daher letztlich genügt, wenn das marktbeherrschende Unternehmen seine Geschäftsbedingungen aufgrund seiner Verhandlungsposition durchsetzen kann⁷⁶. Dies wird bei Standardsoftware marktbeherrschender Unternehmen vor allem dann der Fall sein, wenn den Ersterwerbern keine realen Alternativen zur Verfügung stehen⁷⁷, zumal die formale Einwilligung der Vertragspartner des marktbeherrschenden Unternehmens in diesem Zusammenhang keine Rolle spielt⁷⁸. Die Anwendung von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG dürfte daher kaum an der Voraussetzung des Erzwingens scheitern.

Liegt seitens des fraglichen Softwareherstellers keine Marktbeherrschung vor, lässt sich eine Kartellrechtswidrigkeit von Veräusserungsverboten und Zustimmungsvor-

behalten hingegen nicht abstrakt begründen. Zwar ist das Vorliegen einer unzulässigen Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 KG nicht per se ausgeschlossen⁷⁹, denn die zwischen Softwareherstellern und Erstabnehmern vereinbarten Veräusserungsverbote und Zustimmungsvorbehalte bezwecken gerade eine Verknappung des Angebots an veräusserten Programmexemplaren und damit eine Beschränkung des Wettbewerbs auf dem Sekundärmarkt⁸⁰. Auch handelt es sich bei den Ersterwerbern im Rahmen des professionellen Gebrauchtsoftwarehandels in aller Regel um Unternehmen und nicht um Privatpersonen, weil typischerweise nur von Unternehmen gekauft und an Unternehmen verkauft wird, sodass auch der persönliche Geltungsbereich nach Art. 2 KG einer kartellrechtlichen Analyse nicht entgegensteht. Hingegen ist nicht von vornherein klar, inwiefern der Wettbewerb auf dem relevanten Markt durch solche Abreden erheblich beeinträchtigt oder gar beseitigt wird. Die Vertikalbekanntmachung der WEKO⁸¹ hilft in dieser Frage nicht weiter, da sie auf die zu beurteilenden Softwareverträge nicht anwendbar ist. Der Hauptgegenstand dieser Verträge liegt – anders etwa als bei reinen Softwarevertriebsverträgen⁸² – regelmässig im Gebrauch der Software durch den Erwerber und damit in der Nutzung der entsprechenden Urheberrechte. Dabei beziehen sich die in diesen Verträgen typischerweise enthaltenen Bestimmungen betreffend die Urheberrechtsnutzung auf die Software als Werk und daher nur mittelbar auf die Nutzung des konkreten Programmexemplars als Ware. Damit sind die

pekte des Handels mit gebrauchter Software, GRUR 2009, 1123, 1128.

⁷⁴ Vgl. dazu Botschaft KG 95 (FN 70), 573; EVELYNE CLERC, in: Pierre Tercier/Christian Bovet (Hrsg.), *Commentaire Romand, Droit de la concurrence*, Basel 2002, N 207 zu Art. 7 KG; DÄHLER/KRAUSKOPF/STREBEL (FN 70), Rz. 8.91; kritisch gegenüber der Berücksichtigung von Behinderungswirkungen hingegen AMSTUTZ/CARRON (FN 69), Art. 7 N 319.

⁷⁵ Vgl. dazu auch EILMANSBERGER (FN 73), 1127. Zu berücksichtigen wären auch etwaige Erhöhungen der Marktzutrittsschranken für Wettbewerber; dazu GRÜTZMACHER (FN 41), 143, 145.

⁷⁶ Siehe z.B. CLERC (FN 74), N 209 zu Art. 7 KG; ROGER ZÄCH, in: Roland von Büren/Lucas David (Hrsg.), *Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (SIWR)*, Bd. V/2, 2. A., Basel 1998, 215; DALLAFIOR (FN 70), N 128 zu Art. 7 KG; REINERT (FN 70), N 29 zu Art. 7 KG; DÄHLER/KRAUSKOPF/STREBEL (FN 70), Rz. 8.90; vgl. ferner ROLAND VON BÜREN/EUGEN MARBACH/PATRIK DUCREY, *Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, 3. A., Bern 2008, N 1539; ZÄCH (FN 70), N 694; AMSTUTZ/CARRON (FN 69), Art. 7 N 295 ff.; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2050/2007 vom 24. Februar 2010, E. 11.3.1.3 (198); Medienmitteilung der WEKO vom 22. März 2010 in Sachen Swisscom Mobile; vgl. aber Botschaft KG 95 (FN 70), 573 (Beispiel der Androhung bestimmter Mittel für den Sonderfall der Nachfragemacht).

⁷⁷ Inwiefern etwa Open Source Software eine angemessene Alternative zu proprietärer Software darstellt, scheint – jedenfalls vergaberechtlich – noch offen zu sein; siehe dazu den Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts im Verfahren B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, E. 6.4.

⁷⁸ DALLAFIOR (FN 70), N 129 zu Art. 7 KG.

⁷⁹ Vgl. aus europäischer Perspektive auch EILMANSBERGER (FN 73), 1127; GRÜTZMACHER (FN 41), 144; ROMINA POLLEY, *Verwendungsbeschränkungen in Softwareüberlassungsverträgen*, CR 1999, 345, 352.

⁸⁰ Dies gilt jedenfalls dann, wenn man der herrschenden Lehre folgt und den Begriff des «Bezweckens» in Art. 4 Abs. 1 KG nicht als subjektives Element im Sinne einer konkreten Absicht der Parteien, sondern objektiviert als Eignung zur Verwirklichung der Beschränkung versteht; siehe z.B. WALTER STOFFEL, in: Roland von Büren/Lucas David (Hrsg.), *Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (SIWR)*, Bd. V/2, 2. A., Basel 1998, 63; ROLAND KÖCHLI/PHILIPPE M. REICH, in: Baker & McKenzie, *Stämpfli Handkommentar zum KG*, Bern 2007, N 24 zu Art. 4 KG; BRUNO SCHMIDHAUSER, in: Eric Homburger/Bruno Schmidhauser/Franz Hoffet/Patrik Ducrey (Hrsg.), *Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz*, Zürich 1997, N 28 zu Art. 4 KG; THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Marc Amstutz/Mani Reinert (Hrsg.), *Basler Kommentar Kartellgesetz*, Basel 2010, Art. 4 Abs. 1 N 71; vgl. auch BORER (FN 70), N 5 zu Art. 4 KG; VON BÜREN/MARBACH/DUCREY (FN 76), N 1316; MANI REINERT, *Preisgestaltung*, in: Thomas Geiser/Patrick Krauskopf/Peter Münch (Hrsg.), *Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht*, Basel 2005, Rz. 4.93.

⁸¹ Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden, Beschluss der Wettbewerbskommission vom 2. Juli 2007, BBl 2007 7597.

⁸² Vgl. auch KLAUS NEFF, in: Marc Amstutz/Mani Reinert (Hrsg.), *Basler Kommentar Kartellgesetz*, Basel 2010, Ziff. 8 Vert-BM N 7.

Voraussetzungen von Ziffer 8(3) für die Nichtanwendbarkeit der Vertikalbekanntmachung erfüllt⁸³. Greift man vor diesem Hintergrund auf die unbestimmten gesetzlichen Regeln zurück, dürften punktuelle Vereinbarungen von Veräußerungsverboten und Zustimmungsvorbehalten zwischen einzelnen Softwareherstellern und Ersterwerbern den erforderlichen Intensitätsgrad oft nicht erreichen. Bei flächendeckendem Einsatz solcher Vereinbarungen könnte jedoch je nach Definition des relevanten Marktes und je nach Marktanteilen der beteiligten Unternehmen durchaus etwas anderes gelten, zumal sich solche Vereinbarungen kaum durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen. Klar wäre die Sache mit Blick auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Buchpreisbindung⁸⁴ wohl aber erst dann, wenn sich im Rahmen einer Untersuchung herausstellen würde, dass solche Vereinbarungen zwischen Softwareherstellern und Ersterwerbern letztlich Teil eines grösseren Systems aufeinander abgestimmter Verhaltensweisen sind, das unter dem Titel der Branchenüblichkeit praktiziert wird und letztlich darauf abzielt, die Entstehung eines Gebrauchtmärktes für veräußerte Programmexemplare branchenweit zu verhindern oder zu erschweren. Abstrakt feststellen lässt sich dies aber nicht⁸⁵.

IV. Fazit

Bei den juristischen Auseinandersetzungen um die Zulässigkeit des Handels mit Gebrauchtssoftware im Allgemeinen und mit Softwareproduktschlüsseln im Besonderen geht es aus rechtspolitischer Sicht letztlich darum, ob und wie weit im Softwarebereich ein Sekundärmarkt für veräußerte Programmexemplare zugelassen wird. Ziel der Softwarehersteller ist es regelmässig, die Entstehung und den Ausbau eines solchen Marktes für Gebrauchtssoftware mit urheber- und

vertragsrechtlichen Mitteln entweder zu verhindern oder zu kontrollieren⁸⁶. Während eine urheberrechtliche Kontrolle veräußelter Programmexemplare am Erschöpfungsgrundsatz scheitert, ist eine vertragsrechtliche Kontrolle über die Steuerung des Verhaltens der Ersterwerber nicht per se ausgeschlossen, kann aber im Einzelfall auf AGB- oder kartellrechtliche Hürden treffen. Insgesamt haben die vorstehenden Ausführungen jedoch gezeigt, dass sowohl die schuldrechtlichen wie auch die kartellrechtlichen Analysen stark von der Überzeugungskraft der urheberrechtlichen Argumente abhängen. Wer den Eintritt der Erschöpfungswirkungen bei der Veräußerung von Programmexemplaren ganz oder teilweise verneint, wird Zustimmungsvorbehalte und Veräußerungsverbote im entsprechenden Umfang nicht für ungewöhnlich oder unangemessen halten können⁸⁷. Seitens der Erwerber kann in diesem Fall schon aus urheberrechtlichen Gründen keine schützenswerte Erwartungshaltung aufgebaut werden, die dann über schuldrechtliche und kartellrechtliche Regeln abzusichern wäre. Damit steht und fällt die Rechtmässigkeit des Handels mit Gebrauchtssoftware beziehungsweise Softwareproduktschlüsseln letztlich mit der Anwendbarkeit des urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatzes.

⁸³ Zum gleichen Ergebnis gelangt man auch, wenn man die (bis Ende Mai 2010 geltende) Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 der Kommission vom 22. Dezember 1999 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. EG Nr. L 336 vom 29. Dezember 1999, 21, heranzieht, deren Art. 2 Abs. 3 offensichtlich als Vorlage für Ziffer 8(3) der Vertikalbekanntmachung diente; vgl. Mitteilung der Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. EG Nr. C 291 vom 13. Oktober 2000, I, N 40; ROMINA POLLEY, Softwareverträge und ihre kartellrechtliche Wirksamkeit, CR 2004, 641, 644 f.; EILMANSBERGER (FN 73), 1127. Die (ab Juni 2010 geltende) Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. EU Nr. L 102 vom 23. April 2010, I, bringt in dieser Frage keine materiellen Änderungen.

⁸⁴ BGE 129 II 18.

⁸⁵ A.M. für das europäische Kartellrecht offenbar EILMANSBERGER (FN 73), 1127.

⁸⁶ Kritisch zu den gesamtwirtschaftlichen Effekten dieser Strategie jüngst GRÜTZMACHER (FN 41), 142 f.

⁸⁷ Ein gutes Beispiel dafür liefert – mit Bezug auf ein Aufspaltungsverbot – das Urteil des LG Mannheim, CR 2010, 159, 162 f.

Cet article traite de la question de savoir si le commerce des clés d'installation pour logiciels – un cas spécial de commerce portant sur des logiciels d'occasion – est autorisé selon le droit suisse. Il en conclut que les clés d'installation peuvent en règle générale être négociées sans que l'approbation de la personne qui détient les droits d'auteur sur les programmes informatiques concernés soit nécessaire, dans la mesure où ces clés se rapportent à des exemplaires qui ont été vendus avec l'accord du titulaire des droits d'auteur. Il importe peu que les programmes en question aient été distribués physiquement ou par voie électronique ou qu'ils aient été vendus dans le cadre d'une licence en volume. Les éditeurs de logiciels peuvent en principe prévoir avec leurs clients des interdictions de revente ou réserver leur consentement ou encore reprendre de telles dispositions dans leurs CG. L'exécution de ces clauses peut cependant se heurter dans le cas particulier à des obstacles relevant du droit des obligations et/ou des cartels, de sorte que les éditeurs de logiciels ne peuvent contrôler le marché qui est en train de se développer pour les logiciels d'occasion que de manière limitée.

(trad. LT LAWTANK, Berne)