

von Rechtsanwältin **Elisabeth Keller-Stoltenhoff**

## Neues zum Kauf von Gebrauchtssoftware, insbesondere aus vergaberechtlicher Sicht

**Der Handel mit Gebrauchtssoftware**, insbesondere mit Volumenlizenzen, ist rechtlich umstritten. Wie sich aus den Gerichtsprozessen der letzten Zeit entnehmen lässt, sieht die Softwareindustrie nicht tatenlos zu, wenn Gebrauchtslizenzhändler ihre Geschäftsmodelle konterkarieren. Potentielle Erwerber sollten sich genauestens informieren, welche Einschränkung die ursprünglichen Lizenzbestimmungen vorsehen, da das **Erschöpfungsprinzip** in ausgehandelten Verträgen, also Verträgen, die keine AGB sind, wirksam ausgeschlossen werden kann. Die zunächst preiswert erworbene Programmlizenz kann ansonsten schnell teuer zu stehen kommen.

### 1. Gebrauchtssoftware im Vergabeverfahren

Immer mehr Einkäufer der öffentliche Hand, die sich an die Vorgaben des Vergaberechts zu halten haben, kommen in Argumentationsnotstand, wenn sie von Gebrauchtswarenhändlern, insbesondere von der Firma Usedsoft, bedrängt werden. Diese kritisiert nicht ganz ohne Recht den Einkauf von Microsoftlizenzen ausschließlich über die so genannten Selectverträge.

#### 1.1. Der Selectvertrag

Der Selectvertrag ist ein zwischen dem Bundesministerium des Inneren und Microsoft abgeschlossener Rahmenvertrag, der die Rahmenkonditionen wie Geltungsbereich, Preisrabatte, Laufzeit etc. für den Kauf von Microsoftlizenzen festlegt. Im Vertrag werden Rahmenbedingungen vereinbart, auf deren Grundlage berechnete Einrichtungen MS-Produkte von autorisierten Handelspartnern beziehen können. Der Select-Vertrag bildet keine Grundlage für den direkten Erwerb von MS-Produkten. Im Select-Vertrag werden keine Produktpreise für den Endkunden vereinbart. Der Einkauf erfolgt über MS-Large-Account Reseller (LAR). Es existieren in der Bundesrepublik aktuell mehr als zehn LAR. Beitrittskunde kann nur eine berechnete Einrichtung werden, die sich verpflichtet, Lizenzen im Wert einer Mindestsumme gemäß dem Punktsystem von Microsoft zu beziehen. Für berechnete Einrichtungen, die diese Mindestvoraussetzung nicht erfüllen, gibt es die Möglichkeit, zu einem bestehenden und geöffneten Rahmenvertrag zuzutreten (Zutritt zum Beitritt, "Zutrittskunden"). Die Preise können sich während der Laufzeit des Select-Vertrages durch Änderung der zugrundeliegenden Preisliste und in Abhängigkeit vom beauftragten Volumen verändern.

## 1.2 Möglichkeit des Ausschlusses von Gebrauchtssoftwarehändlern im Vergabeverfahren

Es stellt sich die Frage, ob eine Behörde berechtigt ist, ein Angebot eines Gebrauchtssoftwarehändlers auszuschließen und den Zuschlag einem LAR mit der Begründung zu verweigern, bei einem Kauf über ihn sei die Unsicherheit nicht hinnehmbar, ob er die gewünschten Nutzungsrechte überhaupt wirksam einräumen könne.

Hinzuweisen gilt es in diesem Zusammenhang auf den Beschluss der Vergabekammer Düsseldorf vom 23.05.2008 (VK - 7/2008 - L), die feststellte, dass der Bieter in seinen Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB verletzt worden ist durch die Aufstellung des Eignungskriteriums "LAR-Händler" sowie die weiteren sich aus den Wettbewerbsbedingungen ergebenden Einschränkungen des Wettbewerbes auf diesen Anbieterkreis. Auch könne sich die Beschaffungsstelle nicht darauf berufen, alleine die rechtliche Unsicherheit des Handels mit Gebrauchtssoftware berechtige sie, den Gebrauchtssoftwarehändler als Bieter auszuschließen.

Die Vergabekammer führt hierzu aus:

*"Zwar kann der Antragsgegner anführen, dass es im Zusammenhang mit werbenden Aussagen und Verträgen der Antragstellerin gerichtliche Auseinandersetzungen mit unterschiedlichem Ausgang gegeben hat, dies allein würde den Antragsgegner jedoch nicht berechtigen, ohne umfassende rechtliche Würdigung die von der Antragsgegnerin angebotenen Produkte als bemakelt abzulehnen und der Antragstellerin folglich die Leistungsfähigkeit abzusprechen. Erst wenn "mit der erforderlichen Gewissheit" feststünde, dass die Antragstellerin durch die Art und Weise ihres Angebotes gegen Schutzrechte Dritter verstößt und sie deshalb mit Aussicht auf Erfolg auf Unterlassen in Anspruch genommen werden könnte, könnte die Antragstellerin als nicht leistungsfähig angesehen werden (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.02.2005, VII Verg 91/04). Die Schwierigkeit der dabei anzustellenden rechtlichen Betrachtung berechtigt die Vergabestelle nicht, diese zu unterlassen, ebenso wie sie im Hinblick auf Rechtsfragen grundsätzlich keinen überprüfungsfreien Beurteilungsspielraum geltend machen kann (OLG Düsseldorf, a.a.O.)."*

*Die im Zusammenhang mit der nachgefragten Leistung und dem Geschäftsmodell der Antragstellerin zu klärenden Fragen der Erschöpfung des Urheberrechts und der berechtigten oder unberechtigten Vervielfältigung sind, soweit der Vergabekammer bekannt ist, bislang noch nicht abschließend gerichtlich geklärt worden. Die Antragstellerin ihrerseits kann sich auf positive Entscheidungen berufen, die Teilbereiche ihrer Geschäftstätigkeit betreffen und aus denen sie inzident die weitere urheberrechtliche Rechtmäßigkeit ableitet (**Entscheidung LG München, Urteil vom 28.11.2007, 30 O 8684/07**). Die vom Antragsgegner anzustellende Prüfung der Leistungsfähigkeit der Antragstellerin erscheint deshalb offen und berechtigt derzeit nicht zu der Prognose, dass die Antragstellerin auch bei Hinwegdenken der von ihr geltend gemachten Vergaberechtsverstöße keinerlei Chance auf einen Vertragsschluss hätte. Die Wahrscheinlichkeit, dass sie ein besonders aussichtsreiches Angebot abgeben könnte, muss die Antragstellerin wiederum nicht darlegen, so dass insgesamt ihre Antragsbefugnis nicht verneint werden kann."*

## 2. Stand der Rechtsprechung und Literatur

Ob das Gericht so aber auch in Kenntnis des neusten **Urteils des OLG München 03.07.2008 - 6 U 2759/07** entschieden hätte, ist kaum zu vermuten. Diese Entscheidung steht im offenen Widerspruch zu der bisher herrschenden Meinung.

### 2.1 Stand der Rechtsprechung bis zum Urteil des OLG München

Die zur Zeit noch vorherrschende Meinung ist, dass zumindest für auf Datenträgern verkörperte Software Erschöpfung dergestalt eintritt, dass die Software ohne Zustimmung des Urhebers weitergegeben werden kann.

Dieser Grundsatz geht auf eine bahnbrechende Entscheidung des BGH zurück, die sog. OEM-Entscheidung aus dem Jahr 2000, **Az.:I ZR 244/97**. Der BGH hatte den Weiterverkauf von "entbündelter" Software an Endverbraucher mit Hinweis auf das Erschöpfungsprinzip für zulässig erklärt. Folglich war es Microsoft seinerseits verwehrt, die nach dem Erstverkauf stattfindenden Weiterverkäufe seiner Software zu verbieten, selbst wenn diese ohne die dazugehörige Hardware vertrieben wurde.

Der BGH stellte fest, dass der Berechtigte bereits mit der ersten durch ihn oder mit seiner Zustimmung erfolgten Veräußerung die Herrschaft über das Werkexemplar aufgibt. Es wird damit für jede Weiterverbreitung frei.

Der BGH führt weiter aus "*... könnte der Rechteinhaber, wenn er das Werkstück verkauft oder seine Zustimmung zur Veräußerung gegeben hat, noch in den weiteren Vertrieb des Werkstückes eingreifen, ihn untersagen oder von Bedingungen abhängig machen, so wäre dadurch der freie Warenverkehr in*

*unerträglicher Weise behindert".*

Selbst wenn also eine Beschränkung eine dingliche Wirkung entfaltet, bedeutet dies nur, dass der Ersterwerber nur ein beschränktes Verbreitungsrecht hat. So muss sich der OEM-Lieferant daran halten, die als OEM-Version bezeichnete Programmkopie an einen Dritten unter vom Rechteinhaber bestimmten Auflagen weiterzugeben. Auf Grund dieser Zustimmung ist dann das Verbreitungsrecht des Rechteinhabers erschöpft. Der weitere Vertrieb kann vom Berechtigten nicht mehr kontrolliert werden.

Wie oben schon dargestellt, ist die urheberrechtliche dingliche Beschränkung des Verbreitungsrechts zu unterscheiden von der vertraglichen Beschränkung. Deren Nichteinhaltung stellt keine urheberrechtliche Verletzung des Verbreitungsrechts, sondern lediglich eine Vertragsverletzung dar. In Individualverträgen mag eine solche Beschränkung wirksam sein. Wird aber das Verbreitungsrecht des Lizenznehmers in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) ausgeschlossen, ist eine solche Klausel gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam, da sie von wesentlichen gesetzlichen Grundgedanken, nämlich dem Erschöpfungsgrundsatz, abweicht.

## 2.2 Neue Rechtsprechung des OLG München

Diese bisher herrschende Meinung wird in Frage gestellt durch das **Urteil des OLG München 03.07.2008 - 6 U 2759/07**, das dingliche Verfügungsverbote trotz Erschöpfungsgrundsatz für wirksam erklärt. Zwar, so das Urteil, sei das Verbreitungsrecht erschöpft, nicht aber das Vervielfältigungsrecht. Die Zustimmung des Urhebers zur Vervielfältigung nach der Verbreitung, also zum Aufspielen der Software trotz Erschöpfung, sei nach wie vor erforderlich. Dass der Erschöpfungsgrundsatz damit faktisch leer läuft, nehmen die Richter kaltblütig in Kauf.

### Diese Rechtsprechung sieht die IT-Recht Kanzlei kritisch!

Es wird sich zeigen, ob sich diese Rechtsprechung durchsetzt. Der Sinn des Erschöpfungsgrundsatzes ist, den Konflikt zwischen dem verwertungsrechtlichen Interesse des Rechteinhabers auf der einen Seite und dem Interesse an einem klaren und übersichtlichen Warenverkehr auf der anderen Seite auszugleichen. Diesen Grundsatz nun lediglich auf die freie Verbreitung zu beschränken, ohne ihn auch auf die für den freien Warenverkehr bei der Softwarenutzung unumgänglichen notwendigen Vervielfältigungshandlungen auszudehnen, führt zu dem Ergebnis, dass der Erschöpfungsgrundsatz, zumindest beim Handel mit Computersoftware, eine sinnlose gesetzliche Vorschrift ist. Würde er nur auf die eigentliche Verbreitungshandlung beschränkt, stellte er nämlich ein Scheinrecht mit dem Inhalt dar: "Du darfst zwar die Software weitergeben ohne Zustimmung des Rechteinhabers, aber dein Käufer darf nicht nutzen ohne dessen Zustimmung".

Richtigerweise ist daher anzunehmen, dass es für den Fall der Verbreitung der Zustimmung des Urhebers auch für die notwendige Vervielfältigungshandlung gemäß § 69d Abs. 1 UrhG nicht bedarf, da die bestimmungsgemäße Nutzung durch den Berechtigten gerade die für die Nutzung notwendigen Vervielfältigungen erfordert. Hat der Rechteinhaber das Werkstück also einmal verkauft, ist der legitime Weiterverkauf und die Nutzung (also Einspielen in den Arbeitsspeicher) nicht mehr von seiner Zustimmung oder einer nochmaligen Vergütung abhängig. Da dieses Recht einen wesentlichen Grundgedanken einer gesetzlichen Regelung darstellt, ist ein Verfügungsverbot in AGB daher gemäß § 307 Abs. 2 Nr.1 BGB unwirksam.

Autor:

**RAin Elisabeth Keller-Stoltenhoff**

Rechtsanwältin