

Grundsätze der Beschaffung gebräuchter Software- Lizenzen durch öffentliche Auftraggeber

- Ausgangslage
- Problemstellung
- Rechtsprechung und vergaberechtliche Praxis
- Praxistipps, Handlungsanleitungen und Checkliste

„Ein Softwarehersteller kann sich dem Weiterverkauf seiner gebrauchten Lizenzen, die die Nutzung seiner aus dem Internet heruntergeladenen Programme ermöglichen, nicht widersetzen.

Das ausschließliche Recht zur Verbreitung einer derart lizenzierten Programmkopie erschöpft sich mit dem Erstverkauf.“

Impressum

Herausgeber: R. Uwe Proll

Autor: Dr. Daniel Taraz

Verlag: ProPress Verlagsgesellschaft mbH (Behörden Spiegel-Gruppe), Friedrich-Ebert-Allee 57, 53113 Bonn

Telefon: +49-228-970970, Telefax: +49-228-97097-75

E-Mail: redaktion@behoerderspiegel.de, Internet: www.behoerderspiegel.de

Registergericht: AG Bonn HRB 3815, UST-Ident.-Nr.: DE 122275444, Geschäftsführerin: Helga Woll

Layout: fishingpool media GmbH, Breitgasse 5a, 69493 Hirschberg an der Bergstraße – www.fishingpool.de

Druck: Druckerei WIRmachenDRUCK GmbH

Erfüllungsort und Gerichtsstand: Bonn

Namentlich gekennzeichnete Beiträge geben nicht unbedingt die Meinung der Redaktion wieder. Alle Rechte vorbehalten. Das Buch und alle in ihm enthaltenen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist eine Verwertung ohne Einwilligung des Verlages nicht statthaft und wird urheberrechtlich verfolgt.

1

Vorwort und Maßstab 6

2

Zusammenfassung von Grundlagen 7

- 2.1 Grundverständnis 7
- 2.2 Ausgangsfrage 8
- 2.3 Der Erschöpfungsgrundsatz als Basis der Problemstellung 9
- 2.4 Grundsatzentscheidung des Europäischen Gerichtshofs 10
- 2.5 Klärung der wichtigsten Fragestellungen 12

3

Rechtliche Ausgestaltung der EuGH-Grundsatzentscheidung 14

- 3.1 Anwendung der EuGH-Entscheidung durch den deutschen Bundesgerichtshof (BGH) 14
- 3.2 Bedeutung von Lizenzkeys und Datenträgern 15
- 3.3 Bestimmungsgemäße Nutzung und Kenntnis der Lizenzbestimmungen 16
- 3.4 Möglichkeiten der Nachweisführung 17

4

Vergaberechtliche Grundlagen unter Berücksichtigung von EuGH und BGH 22

- 4.1 Die Rolle der Softwarehersteller – vor, während und nach der Beschaffung 22
- 4.2 Gebrauchte Lizenzen müssen berücksichtigt werden 23
- 4.3 Bedarfsgerechte Softwarebeschaffung unter Berücksichtigung von Haushaltsvorgaben 25

5

Die Beschaffung gebrauchter Software-Lizenzen in der Praxis 26

- 5.1 Darstellung der Grundzüge 26
- 5.2 Beschränkung des Vergabeverfahrens 28
- 5.3 Leistungsgegenstand, Leistungsbeschreibung und Losaufteilung 29
 - 5.3.1 Leistungsgegenstand, Leistungsbeschreibung 29
 - 5.3.2 Besonderheit Software Assurance 30
 - 5.3.3 Aufteilung in Lose 31
- 5.4 Vorschläge von Eignungs- und Zuschlagskriterien sowie deren Nachweise 32
 - 5.4.1 Vorgaben des EuGH 32
 - 5.4.2 Bestimmungsgemäße Nutzung aufgrund Lizenzbestimmungen 34
 - 5.4.3 Voreigentümer und Rechtekette 34
 - 5.4.4 Gewährleistung und Haftungsfreistellung 35
 - 5.4.5 Zeitpunkt der Nachweise 38

6

Fazit 39

7

Checkliste 40

8

Über den Autor 41

1. Vorwort und Maßstab

Das nachfolgende Kompendium versucht unabhängig von vertieften Vorkenntnissen, die Hintergründe des Themas „Gebrauchte Software“ vereinfacht und praxisorientiert darzustellen. Im weiteren Verlauf wird auch gerade die vergaberechtliche Sicht auf das Thema in den Blick genommen.

Dabei wird ein freiheitlicher Ansatz verfolgt und deswegen bewusst nicht die Wunschvorstellung der Software-Hersteller versucht praktisch auszudeuten, sondern umgekehrt von den (jedenfalls vergaberechtlich einzig maßgebenden) rechtlichen Verpflichtungen im Zusammenhang mit dem Erwerb solcher Software ausgegangen.

Wer also die Früchte der höchstrichterlichen Rechtsprechung und die damit verbundenen Freiheiten gegenüber den Interessen der Hersteller geringer bemisst, wird sich im Nachfolgenden ggf. weniger wiederfinden. Wer dagegen das Thema als Chance und Gelegenheit begreifen möchte und die finanziellen Anreize durch Einsparungen und Erlöse erkennt hat bzw. erkennen will, dem soll hiermit eine Unterstützung geboten werden.¹



David gegen Goliath

¹ Der Markt der Gebrauchtsoftware hat sich entwickelt, weil Händler und Kunden eben nicht den Vorstellungen der Hersteller gefolgt sind. Im Grunde blieben sämtliche Bemühungen der großen Standard-Softwarehersteller, den rechtmäßigen Handel mit gebrauchten Kauflicenzen zu verhindern, erfolglos.

2. Zusammenfassung von Grundlagen

2.1 Grundverständnis

Bei dem Thema Gebraucht-Software geht es um (Standard-)Software, die ein sog. Ersterwerber vom jeweiligen Software-Hersteller oder über dessen Partner erworben hat und nunmehr aus verschiedenen Gründen, etwa aufgrund des Erwerbs neuer Software-Versionen oder anderer Software-Lösungen, weiterverkaufen möchte. Für diesen Fall der Weiterverwertung bestehen am Markt Software-Händler, die Software u. a. auch „gebraucht“ an ihre Kunden als sog. Nacherwerber weiterverkaufen.

Der Rechtsinhaber an einer Software ist zunächst einmal bereits durch das Urheberrecht vor sämtlichen Handlungen wie einer Vervielfältigung oder Verbreitung seines Werkes gesetzlich gegen seinen Willen umfassend geschützt. Deswegen ist dem Hersteller zweifellos einzuräumen, gegen eine Nutzung ohne Lizenz vorzugehen. Wenn der Hersteller eines Computerprogramms dieses aber im Europäischen Wirtschaftsraum veräußert, erschöpft sich insoweit genauso gesetzlich normiert sein Verbreitungsrecht mit Ausnahme des Vermietrechts. Deswegen ist er nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH)² nicht dazu berechtigt, den etwaigen Weiterverkauf der Software zu kontrollieren oder zu genehmigen.

Vielmehr soll der Hersteller mit dem erstmaligen Inverkehrbringen im EWR abschließend von der weiteren Verwertung ausgeschlossen sein.

Infolge dieser rechtlichen Ausgangslage gehen die Interessen von Gebraucht-Händlern und Software-Herstellern in der Regel auseinander, da der Hersteller vom erneuten Verkauf seiner bereits veräußerten Software nicht (nochmals) wirtschaftlich profitiert.³

Umgekehrt ist ein freier Handel mit Lizenzen im Sinne des EuGH unter Einbeziehung des Herstellers rechtlich entbehrlich und hätte zumindest aufgrund des entgegengesetzten Interesses wohl Hemmnisse zur Folge. Zudem wird bei sonstigen gebrauchten Werken, wie etwa einem Buch, eine Einbeziehung des Rechteinhabers ebenso wenig verlangt.

Einige Hersteller haben seit dem Urteil des EuGH ihr Lizenzmodell umgestellt und bieten teilweise ausnahmslos Mietmodelle (regelmäßig im Rahmen von sog. Cloud-Angeboten) an. Hier ist weder ein Handel mit (gebrauchten) Lizenzen noch eine Öffnung dessen für den Wettbewerb möglich. Ob davon am Ende der Kunde wirtschaftlich profitiert, ist abzuwarten.

² EuGH, Urteil v. 3.7.2012 – C-128/11.

³ Obwohl die damit verbundene Marktakzeptanz der Software infolge der weiter gehenden Verbreitung und die Vergütung für periphere Dienstleistungen wie Wartungs- und Erweiterungsdienste auch wirtschaftlich betrachtet ein Vorteil für den Hersteller sein kann.

Teilweise wird versucht, auch reine Kauflizenzen durch zusätzliche Erweiterungen der Nutzungsrechte, die lediglich im Rahmen von laufenden Serviceverträgen (Bsp. Software Assurance, vgl. Kapitel 5.3.2) angeboten werden, vom Gebrauchmarkt fernzuhalten.

Maßnahmen, die verschiedenen Grundgedanken des freien Handels sowie Leitideen der europäischen Grundfreiheiten widersprechen, stehen daher zu Recht immer wieder auf dem Prüfstand der höchstrichterlichen Instanz des EuGH. Viele empfindliche Geldbußen der EU-Kommission gegen marktbeherrschende Unternehmen u. Ä. zeigen zudem, wie konsequent die Grundgedanken verteidigt werden, und ermutigen damit Verbraucher, Behörden und Unternehmen gleichsam, ihre Rechte einzufordern.

2.2 Ausgangsfrage

Die Ausgangsfrage der Rechtsprechung, die zum Grundsatzurteil des EuGH und im Anschluss daran zu hierauf aufbauenden Entscheidungen des deutschen Bundesgerichtshofs (BGH) geführt haben, war, ob und in welchem Umfang die beschriebene Erschöpfung auch im Fall des Downloads einer Software eintritt.

Die deutschen Gerichte taten sich mit der Frage deswegen schwer, weil das Wort Vervielfältigungsstück in der maßgebenden Bestimmung überwiegend im Sinne einer körperlichen Sache verstanden wurde und es hieran im Fall des (digitalen) Downloads mangelte. Hinzu kam, dass solche nichtkörperliche Downloads nach deutschem Recht auch nicht eigentumsfähig sind.

Eigentum kommt in unserer Gesellschaftsordnung und im Recht entscheidende Bedeutung zu. Denn hieraus leitet sich das dauerhafte Ausschließlichkeitsrecht des Eigentümers ab, mit einer Sache nach Belieben zu verfahren. Dadurch ist der mit dem Eigentum verbundene Wert und der Eigentümer in seinen Rechten dauerhaft geschützt.

Übertragen auf Computerprogramme stellt sich die Situation – insbesondere aufgrund der urheberrechtlichen Maßgaben – grundlegend komplizierter – dar. Die Komplexität überwinden und die Frage des Eigentums im Hinblick auf (Gebraucht-)Software beantworten konnte erst der EuGH. Das Gericht erkannte, dass der Anwendungsbereich der Erschöpfung genauso bei unkörperlichen Kopien der Software eröffnet ist und auch bei deren Download eine Eigentumsübertragung stattfindet, wobei insoweit nach Ansicht des BGH⁴ von einem eigenen (unionsrechtlichen) Eigentumsbegriff auszugehen sei.

Wer ein Computerprogramm also „käuflich“ erwirbt und für diesen Erwerb ein Entgelt bezahlt, hat damit Eigentum in diesem Sinne erworben. Die Software stellt dabei eine wichtige Investition in jedem Unternehmen dar und muss – wie sonstige Wirtschaftsgüter auch – nicht nur steuerrechtlich berücksichtigt werden, sondern sowohl beim Erwerb kaufmännisch zutreffend bewertet werden als auch der potentielle Erlös im Fall des Verkaufs bedacht werden.

⁴ BGH, Urteil vom 17.7.2013, Az.: I ZR 129/08.

Es stellte sich damit damals also die Frage, was gegen einen freien Handel von lediglich per Download zur Verfügung gestellter Software sprechen sollte. Obwohl der Hersteller sich also den Aufwand der Herstellung von Datenträgern sparte, hätte dies gegebenenfalls den Ausschluss eines Weiterverkaufs der Software zur Folge gehabt.

Mit dieser Fragestellung befassten sich infolgedessen die höchsten Gerichte, der EuGH und BGH, intensiv und erreichten damit eine Klärung nach Jahren des Streits zugunsten eines offenen europäischen Marktes und der Kunden.

2.3 Der Erschöpfungsgrundsatz als Basis der Problemstellung

Der Handel mit gebrauchter Software beruht – abgesehen von allgemein gültigen Rechtsvorschriften – auf dem sogenannten Erschöpfungsgrundsatz des Urheberrechtsgesetzes (UrhG). Laut § 69 c Nr. 3 Satz 2 UrhG erschöpft sich das Verbreitungsrecht eines Herstellers an der Software-Kopie⁵ in dem Moment, in dem es erstmals mit seiner Zustimmung in Verkehr gebracht wird, bzgl. des gesamten Binnenmarktes der Europäischen Union bzw. des Europäischen Wirtschaftsraums (gemeinschaftsweite Erschöpfung).⁶

Zunächst liegt das Verbreitungsrecht beim Hersteller als Urheber. Die Einräumung dieses Rechts soll gewährleisten, dass der Urheber durch den Verkauf seines Produktes eine angemessene Gegenleistung für seine Werkschöpfung erhält. Wurde dieses Recht allerdings einmal ausgeübt, hat es sich erschöpft.

Danach ist das betreffende Werkstück zur Weiterverbreitung frei. Und zwar explizit „ungeachtet einer inhaltlichen Beschränkung des eingeräumten Nutzungsrechts“, wie es im bereits im Leitsatz des ersten richtungsweisenden Urteils des Bundesgerichtshofs (BGH) vom 6. Juli 2000 heißt.⁷

Der Erschöpfungsgrundsatz des Urheberrechts gilt sowohl in Deutschland als auch auf dem gesamten Gebiet der Europäischen Union und existiert in verwandter Weise ebenso in der Schweiz.



⁵ Im Gesetz „Vervielfältigungsstück“ genannt.

⁶ Mit Ausnahme des Vermietrechts.

⁷ BGH, Urteil vom 6.7.2000 – I ZR 244/97 (OEM).

2.4 Grundsatzentscheidung des Europäischen Gerichtshofs

Seit diesem Urteil aus dem Jahre 2000 gab es eine Reihe von gerichtlichen Entscheidungen, in denen es in diesem Zusammenhang um konkrete Fragestellungen ging. Bereits am 29. Juni 2006 urteilte das Landgericht Hamburg⁸, dass auch einzelne Microsoft-Lizenzen aus Volumenlizenzverträgen gebraucht weiterverkauft werden dürften.

Das Gericht bestätigte, dass der Erschöpfungsgrundsatz auf jede einzelne Lizenz aus einem Volumenlizenzvertrag anzuwenden sei. In dem Urteil heißt es: „Dem Eintritt der Erschöpfungswirkung stehen Regelungen in dem Microsoft Select-Vertrag nicht entgegen.“

Bestimmungen innerhalb der Lizenzverträge, die den Weiterverkauf einer Software einschränken sollen, sind somit unwirksam, da es sich bei der Erschöpfung um „zwingendes Recht“ handelt, das vertraglich nicht ausgehebelt werden kann.

Der BGH nahm ein weiteres Verfahren zum Anlass, den EuGH zur Auslegung der Vorschriften zur Erschöpfung einzubinden. In dem Verfahren zwischen einem (Gebraucht-)Software-Händler und Oracle zur Auslegung der Bestimmungen der §§ 69 a ff. (UrhG)⁹ befasste sich dadurch auch der EuGH mit gebrauchten Software-Lizenzen. Der BGH stellte dem EuGH verschiedene Fragen im Hinblick auf die Erschöpfung von Software, die als Download angeboten wird.

Zwischenfazit

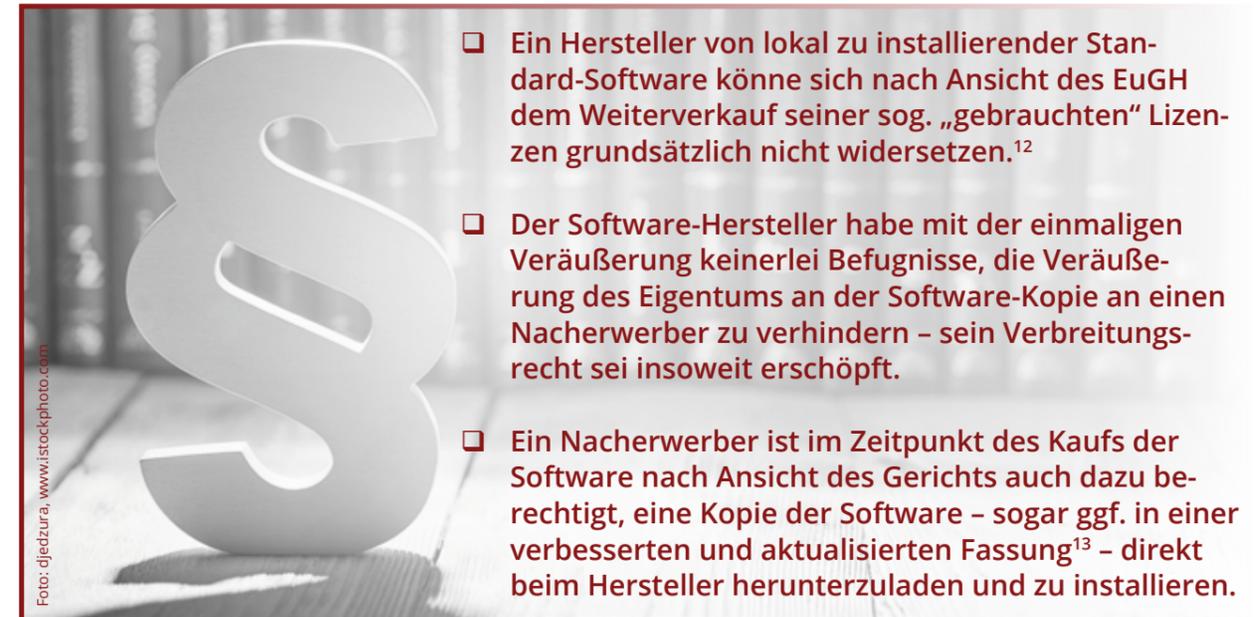
Vor dem Hintergrund der eingangs erwähnten Ausgangsfrage erscheint das historische Urteil des EuGH nicht nur zutreffend, sondern eine abweichende Ansicht unter Wertungsgesichtspunkten kaum nachvollziehbar. Das Gericht hat damit den Erwerb von Software unabhängig von der Frage, ob ein körperlicher Datenträger zur Verfügung gestellt worden ist, ermöglicht. Der Ersterwerber veräußert mit der Software sein ihm zustehendes Eigentum.¹⁰

⁸ LG Hamburg, Urteil vom 29.6.2006 – 315 O 343/06.

⁹ Diese basierten auf einer EU-Richtlinie (Richtlinie 2009/24/EG), welche insbesondere die Frage der sog. Erschöpfung des Verbreitungsrechts des Software-Herstellers regelt.

¹⁰ Bzw. an dessen „Kopie“ (im unionsrechtlichen Sinn).

Am 3. Juli 2012 traf der EuGH¹¹ daraufhin eine Grundsatzentscheidung für den Weiterverkauf von Computerprogrammen:



- ❑ Ein Hersteller von lokal zu installierender Standard-Software könne sich nach Ansicht des EuGH dem Weiterverkauf seiner sog. „gebrauchten“ Lizenzen grundsätzlich nicht widersetzen.¹²
- ❑ Der Software-Hersteller habe mit der einmaligen Veräußerung keinerlei Befugnisse, die Veräußerung des Eigentums an der Software-Kopie an einen Nacherwerber zu verhindern – sein Verbreitungsrecht sei insoweit erschöpft.
- ❑ Ein Nacherwerber ist im Zeitpunkt des Kaufs der Software nach Ansicht des Gerichts auch dazu berechtigt, eine Kopie der Software – sogar ggf. in einer verbesserten und aktualisierten Fassung¹³ – direkt beim Hersteller herunterzuladen und zu installieren.

Bezogen auf die zum Erwerb erforderliche Unbrauchbarmachung aller Kopien des Ersterwerbes stellte der EuGH heraus, dass es generell ein Risiko des Herstellers von Software sei, dass Programmkopien weiterbenutzt werden.¹⁴

Unerwähnt ließ demgegenüber der EuGH, dass der Nacherwerber bestimmte Nachweise oder Ähnliches über Unbrauchbarmachung oder sonstige Umstände des Erwerbs gegenüber dem Hersteller erbringen müsste.¹⁵ Genau genommen dürfte der EuGH das Unbrauchbarmachen gar nicht für das Eintreten der Erschöpfung vorausgesetzt haben.¹⁶

¹¹ EuGH, Urteil vom 3.7.2012 – C-128/11.

¹² Zum Hintergrund: Die dem Verfahren vor dem EuGH zugrunde liegende vom BGH gestellten Fragen nahmen insbesondere Bezug auf die Frage, ob im Fall des „Downloads“ einer Softwarekopie von den Internetseiten des Herstellers auch von der sog. Erschöpfung dessen Verbreitungsrechts auszugehen ist. Dies war hierzulande von der Rechtsprechung und Literatur überwiegend bis zur Entscheidung des EuGH verneint worden.

¹³ Entsprechend dem Stands der vom Hersteller gepflegten Software im Zeitpunkt der Veräußerung.

¹⁴ Sowohl im Fall eines körperlichen als auch im Fall eines digitalen Installationsmediums, vgl. EuGH, aaO, Rz. 79.

¹⁵ Der EuGH wandte sich an den Hersteller im Hinblick auf die Unbrauchbarmachung: Dem Hersteller (!) stehe es frei, technische Schutzmaßnahmen zu treffen (EuGH, aaO, Rz. 87). Den Erst- und Zweiterwerber sah der EuGH offenkundig also insoweit jedenfalls nicht alleine in der Pflicht. Auch an späterer Stelle führt das Gericht nochmals aus: „Außerdem ist darauf hinzuweisen, dass der Urheberrechtsinhaber, also Oracle, beim Weiterverkauf einer Nutzungslizenz durch den Weiterverkauf einer von seiner Internetseite heruntergeladenen Programmkopie berechtigt ist, mit allen ihm zur Verfügung stehenden technischen Mitteln sicherzustellen, dass die beim Verkäufer noch vorhandene Kopie unbrauchbar gemacht wird.“ [EuGH, aaO, Rz. 87].

¹⁶ Vgl. K. Stein, Der Gebrauchtssoftware-Handel nach den „UsedSoft“-Entscheidungen des EuGH und BGH, S. 149 f. (2017).

2.5 Klärung der wichtigsten Fragestellungen

Unklar war im Anschluss an die vorgenannten Entscheidungen des EuGH und BGH zunächst, was deren Rechtsprechung für sog. Volumenlizenzen und damit verbundenen (besonderen) Rabattierungen zum Beispiel im Rahmen von sog. EDU-Programmen, Government-Lizenzen etc. bedeutet.

Im Jahre 2014 musste infolgedessen noch die Frage der Zulässigkeit der Aufspaltung von Volumenlizenzen höchstrichterlich vom BGH – dies bejahend – entschieden werden.¹⁷ Die Hersteller hatten insoweit teilweise argumentiert, dass dies weiterhin unzulässig sei. Der BGH¹⁸ bestätigte aber im Wesentlichen die Aussagen der Vorinstanz¹⁹ und führte insoweit im Hinblick auf Volumenlizenzen aus, dass es sich um mehrere eigenständige Kopien handele. Diese verkörpern jeweils selbstständige Nutzungsrechte, die eigenständig übertragen werden könnten.²⁰

Auch den wirtschaftlichen Argumenten des Herstellers der Software im Hinblick auf rabattierte Lizenzen für den Bildungsbereich (EDU-Lizenzen) folgten die Gerichte nicht. Auf die vom Gericht unterstellte Existenz gesonderter Preissysteme, insbesondere für Wiederverkäufer einerseits und sog. EDU-Kunden andererseits, komme es nicht an.²¹

Sofern besondere Vertragskonditionen und Rabatte eingeräumt werden, sei nicht entscheidend, ob diese zu einem Verwertungserlös führten, der unterhalb der Gewinnzone liege. Es sei nicht Sache der Gerichte, die Wirtschaftlichkeit der Preispolitik der Klägerin (hier: Adobe) oder die Angemessenheit des Verhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung zu überprüfen. Maßgeblich sei allein, ob es der Klägerin möglich gewesen ist, ein wertentsprechendes Entgelt zu verlangen.²²

Auch führten die Bestimmungen des Mitgliedsvertrags zum Vertragslizenzprogramm für Bildungseinrichtungen (EDU) nach Ansicht des BGH zu keiner Einschränkung des Rechts an der erschöpften Kopie des Nacherwerbers.²³

Zwar sei nach den Bestimmungen des Mitgliedsvertrags die Lizenz nicht übertragbar und dürfe nur zu dem alleinigen Zweck der internen Verteilung der Lizenzen im Unternehmen des Programm-Mitglieds im Rahmen des Programms vervielfältigt werden.

Das Recht des Nacherwerbers zur bestimmungsgemäßen Nutzung gemäß § 69 d UrhG könne nach Ansicht des BGH aber nicht durch vertragliche Bestimmungen, die diese Rechte dem Ersterwerber vorbehalten, ausgeschlossen werden.



17 Hintergrund war die Aussage des EuGH im Grundsatzurteil, dass eine einheitliche Lizenz nicht aufgespalten werden dürfte.

18 BGH, Urteil vom 11.12.2014, Az. I ZR 8/13 („UsedSoft III“).

19 OLG Frankfurt, Urteil vom 18.12.2012 – 11 U 68/11.

20 Anders als im Fall des EuGH handele es sich nach Auffassung der BGH nicht um sog. Client-Server-Lizenzen, deren Aufspaltung nach Ansicht des EuGH unzulässig sei. Auch sei die Ansicht der Vorinstanz richtig, wonach die in diesem Fall einheitlichen Seriennummern auch nicht für eine einheitliche Lizenz sprächen, sondern diese lediglich einen Zugangsschlüssel ohne weitergehende rechtliche Bedeutung darstellen würden; BGH, Urteil vom 11.12.2014, Az. I ZR 8/13.

21 OLG Frankfurt, Urteil vom 18.12.2012 – 11 U 68/11.

22 OLG Frankfurt, Urteil vom 18.12.2012 – 11 U 68/11.

23 BGH, Urteil vom 11.12.2014, Az. I ZR 8/13 („UsedSoft III“).

3. Rechtliche Ausgestaltung der EuGH-Grundsatzentscheidung

3.1 Anwendung der EuGH-Entscheidung durch den deutschen Bundesgerichtshof (BGH)

Der BGH nahm zuvor im Ausgangsverfahren 2013 die Entscheidung des EuGH auf und wandte diese auf Basis der deutschen Regelungen²⁴ an. Demzufolge tritt die Erschöpfung nach Ansicht des Gerichts im Sinne des deutschen Urheberrechts²⁵ an Standard-Software unter den nachfolgenden Voraussetzungen kraft Gesetzes ein, damit sich ein Erwerber der Software hierauf berufen könne:

- ❑ 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).
- ❑ Die Lizenz für die Software muss als Gegenleistung für die Zahlung eines Entgelts erteilt worden sein, das es dem Rechteinhaber ermöglichen soll, eine angemessene Vergütung zu erzielen (ausreichend ist die Möglichkeit des Lizenzgebers hierzu).
- ❑ Der Lizenzgeber muss dem Ersterwerber das Recht eingeräumt haben, die Software dauerhaft (unbefristet) zu nutzen.
- ❑ Etwaige Verbesserungen und Aktualisierungen, die das vom Nacherwerber heruntergeladene Computerprogramm gegenüber dem vom Ersterwerber heruntergeladenen Computerprogramm aufweist, müssen von einer zwischen dem Lizenzgeber und dem Ersterwerber abgeschlossenen Vereinbarung gedeckt sein.
- ❑ Die vorherigen Lizenznehmer müssen etwaige Kopien unbrauchbar gemacht haben; sie dürfen also die Software nicht weiter nutzen können.

24 BGH, Urteil vom 17.7.2013 – I ZR 129/08 – („UsedSoft II“); vgl. auch BGH, Urteil vom 11.12.2014, Az. I ZR 8/13 („UsedSoft III“).

25 Gemäß § 69 c Nr. 3 UrhG.

Einer Zustimmung des Herstellers der Software bedarf es demzufolge dazu nicht, da der Nacherwerber (der Käufer der gebrauchten Software) sich auf das (gesetzliche) Nutzungsrecht infolge der Erschöpfung berufen kann.

Ferner könne das dem Nacherwerber der „erschöpften“ Kopie eines Computerprogramms gesetzlich vermittelte Recht²⁶ zu dessen bestimmungsgemäßer Benutzung nicht durch vertragliche Bestimmungen ausgeschlossen werden.

Was die bestimmungsgemäße Nutzung des Computerprogramms ist, ergebe sich aus dem zwischen dem Urheberrechtsinhaber und dem Ersterwerber geschlossenen Lizenzvertrag, so der BGH weiter.

3.2 Bedeutung von Lizenzkeys und Datenträgern

In zwei weiteren höchstrichterlichen Entscheidungen ging es abermals um gebrauchte Software. Der BGH²⁷ hat sich zunächst mit der Frage der Lizenzkeys befasst. Während diese – auch nach Ansicht des Software-Herstellers – keinen Berechtigungsnachweis, sondern lediglich eine technische Hürde darstellen soll, ging es um die Frage, ob die Erschöpfung des Verbreitungsrechts an der Software sich auch auf die zugehörigen Lizenzschlüssel erstreckt, was der BGH bejahte. Im Jahre 2017 hat das OLG München²⁸ den Handel mit bloßen Seriennummern nochmals explizit als unzulässig erachtet. Produktschlüssel, die zum Aktivieren eines Computerprogramms benötigt werden, seien demnach keine Lizenzen.

Mit Urteil vom 12. Oktober 2016 befasste sich der EuGH²⁹ nochmals mit der Thematik Gebrauchte-Software. Es ging insoweit um die Frage, ob selbst erstellte Sicherungskopien des Originaldatenträgers einem Käufer zur Verfügung gestellt werden dürfen, wenn der Originaldatenträger verloren gegangen oder defekt ist. Dies verneinte das Gericht wiederum, da der Veräußerer hieran kein Verwertungsrecht habe. Der Nacherwerber sei in solchen Fällen auf einen Download eines Installationsmediums vom Hersteller der Software verwiesen, was in diesem Verfahren vom Hersteller (Microsoft) auch anerkannt wurde.



Foto: H. Brauer, www.fotolia.com

26 Durch Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2009/24/EG und § 69 d Abs. 1 UrhG.

27 BGH, Urteil vom 19.3.2015 – Az. I ZR 4/14 („Green-IT“).

28 OLG München, Urteil vom 1.6.2017 – Az. 29 U 2554/16.

29 EuGH, Urteil vom 12.10.2016 (C-166/15).

3.3 Bestimmungsgemäße Nutzung und Kenntnis der Lizenzbestimmungen

Aus § 69 d Abs. 1 UrhG folgt das Recht des Nacherwerbers, die Software bestimmungsgemäß zu nutzen. Die weitere Entscheidung des BGH³⁰ betonte nochmals, dass die bestimmungsgemäße Nutzung des Computerprogramms sich wiederum aus dem zwischen dem Urheberrechtsinhaber und dem Ersterwerber geschlossenen Lizenzvertrag ergebe. Hierzu gehört also die obligatorische Information an den Erwerber, zu welcher Nutzung die Lizenzen den Ersterwerber berechtigt haben.

Hieran anschließend stellte das Hanseatische Oberlandesgericht³¹ heraus, dass ein Verbraucher³² insbesondere Informationen darüber erhalten muss, in welcher Art die Lizenzen ursprünglich eingeräumt wurden und ob bereits dem Ersterwerber eine Kopie ausgehändigt wurde oder nicht, um einschätzen zu können, ob er ein wirksames Nutzungsrecht an der Software erhalten kann. Eine obligatorische vollständige Offenlegung der Lizenzkette durch den Händler gegenüber dem Käufer folgte aus dem Urteil trotz zunächst teilweise gegenteiliger Stimmen indes nicht.³³

Zum Verständnis sei insoweit noch darauf hingewiesen, dass sich die Gebrauchtlizenzen eigentlich kraft Gesetzes (infolge der Erschöpfung) ergeben und deren Inhalt daher das bestimmungsgemäße Nutzungsrecht ist.



Der Lizenzvertrag mit dem Hersteller geht also gerade nicht auf den Nacherwerber über, wodurch sich eine Entlastung von bestimmten Verpflichtungen ergeben könnte.³⁴

30 BGH, Urteil vom 11.12.2014 – I ZR 8/13 („UsedSoft III“).

31 Hanseatisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 16.6.2016 – 5 W 36/16.

32 In dem zugrunde liegenden Verfahren ging es um einen Online-Verkauf an einen (privaten) Verbraucher. Ob dies auch im B2B-Geschäft so gleichermaßen gilt, ist nicht Gegenstand des Verfahrens gewesen.

33 Dementsprechend musste eine hierauf verweisende Aussage unterlassen werden, wie das Landgericht Hamburg entschied; vgl. Landgericht Hamburg, Beschluss vom 14.9.2016 – Az. 406 HKO 148/16.

34 Denkbar wäre das etwa in Bezug auf ein vertraglich vereinbartes Audit-Recht des Herstellers.

3.4 Möglichkeiten der Nachweisführung

Zum Thema der Nachweisführung sei zunächst deutlich erwähnt, dass ein Händler bzw. Verkäufer bereits im Rahmen seiner kaufvertraglichen Pflichten zur wirksamen Übertragung der Lizenzen bzw. Einräumung der Nutzungsrechte verpflichtet ist. Im Fall eines (Rechts-) Mangels bestehen gesetzliche Gewährleistungsansprüche des Käufers (Mängelrechte³⁵), u. a. auf Nacherfüllung und ggf. Schadensersatz.



Der teilweise erteilte Rat von Herstellern und einigen Händlern an Kunden von gebrauchter Software, weiter gehende Nachweise zu verlangen, bringt infolge dieser primären gesetzlichen Verpflichtung des Verkäufers eine gewisse Skepsis zum Ausdruck, die etwa die Vergabekammer Westfalen³⁶ vor dem Hintergrund der höchstrichterlichen Rechtsprechung als unbegründet zurückgewiesen hat.

Das Thema stellt sich deswegen im Zusammenhang mit gebrauchter Software, weil der BGH seinerzeit herausgestellt hatte, dass derjenige, der sich darauf beruft, dass die Vervielfältigung eines Computerprogramms nach § 69 d Abs. 1 UrhG (infolge der Erschöpfung) nicht der Zustimmung des Rechtsinhabers bedarf, die Darlegungs- und Beweislast dafür trage, dass die Voraussetzungen dieser Bestimmung erfüllt seien.³⁷

Insoweit handelt es sich allerdings um den allgemeinen prozessualen Grundsatz im Zivilprozessrecht, wonach derjenige die Darlegungs- und Beweislast trägt, der sich auf einen ihn begünstigenden (streitigen) Umstand beruft. Es geht also – entsprechend der Situation vor dem BGH – um den Fall, dass ein Software-Hersteller einen Kunden, der sich auf eine gebrauchte Lizenz beruft, verklagt.

35 Vgl. § 437 BGB.

36 In diesem Sinne sei ein „Risiko“ vom Hersteller in Anspruch genommen zu werden, beim Erwerb gebrauchter Software aufgrund der höchstrichterlichen Rechtsprechung „sachlich nicht mehr nachvollziehbar“, vgl. Vergabekammer Westfalen, Beschluss vom 1.3.2016 – VK 1 – 02/16.

37 BGH, Urteil vom 17.7.2013, I ZR 129/08 („UsedSoft II“).

Zu vergegenwärtigen ist an dieser Stelle aber nochmals, dass der Hersteller an der Übertragung der Lizenz nicht zu beteiligen ist.

Deswegen erscheint es grundverkehrt, über Nachweise zu diskutieren, die dem Hersteller dann außergerichtlich anlasslos auf Nachfrage hin zur Bestätigung der gebrauchten Lizenzen vorgelegt werden. Dies mag bequem erscheinen, missachtet aber die zuvor genannten Maßgaben der Rechtsprechung und dürfte aufgrund der damit verbundenen Hemmnisse für den Verkauf durch Ersterwerber zudem auch marktfeindlich sein.

Gleichwohl argumentieren gelegentlich Software-Hersteller (bzw. deren Dienstleister wie Auditoren, Vertragshändler etc.) bei einigen SAM-Projekten oder Audits bis heute mit der vom BGH erwähnten Beweislast. Tatsächlich aber stellt sich im außergerichtlichen Bereich die Frage eines eigentlichen Beweises überhaupt nicht.

Beweise können vor Gericht durch verschiedene Beweismittel (Zeugenaussagen, Sachverständige, Urkunden, Partei) durch den (jeweils) Beweisbelasteten im Bestreitensfall angetreten werden. Hinzu kommt, dass selbst in gerichtlichen Verfahren bei schutzwürdigen Belangen eine Vorlage bestimmter Dokumente ohne Einblick des Gegners zum Zwecke des Beweises unter Einbeziehung eines Sachverständigen möglich ist.³⁸

In der Regel dürfte in einem etwaigen gerichtlichen Verfahren vor allem eine Vernehmung des Ersterwerbers als Zeuge oder aber eine Begutachtung dessen Systeme durch einen Sachverständigen in Betracht kommen.

Es stellt sich aber hier vielmehr die Frage, wie ein alltäglicher Umgang und Handel mit Lizenzen durch strenge Formerfordernisse an Erklärungen der Ersterwerbers u. Ä. zu bewältigen sein sollte. Selbst die Einschaltung eines Wirtschaftsprüfers – wie von einigen Händlern vorgesehen – erscheint kostenintensiv und die Lasten hierfür für den Händler kaum zumutbar.

Dessen Expertise könnte aber gleichwohl grundsätzlich aufgrund seiner besonderen Berufspflichten hierfür geeignet sein. Aufgrund dieser und des Schwerpunktes im Prüfwesen erscheint er sowohl als besonders geeignet als auch verlässlich, verbindlich den Übergang der Rechte zu prüfen und gegebenenfalls zu bestätigen. **Anders als im Fall des Notartestats, das bereits Gegenstand gerichtlicher Verfahren um gebrauchte Software war, geht die Prüfungskompetenz und der Prüfungshorizont des Wirtschaftsprüfers gerade über formalistische Prüfungen und Erklärungen hinaus, hin zu einer wirtschaftlich-orientierten Beurteilung der Lizenzübertragung als Wirtschaftsgut.**

³⁸ Denkbar ist im Rahmen des Ermessens des Gerichts die Vorlage gegenüber einem zur Verschwiegenheit verpflichteten Dritten. In der Praxis erfolgt dies regelmäßig in einem aus dem Verwaltungsrecht bekannten In-camera-Verfahren in Anlehnung an § 99 VwGO, vgl. Ohst, Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 4. Auflage 2014, § 101 a UrhG, Rn. 30.

Gerade auch die Hersteller von Software beauftragen selbst für ihre Audits in der Regel Wirtschaftsprüfer.

Gleichwohl wird manchmal von den Herstellern etwa nach den Vertragsnummern gefragt, um die Erwerbsquelle nachvollziehen zu können. Teilweise befürchten Händler infolge der begehrten Offenlegung, keine weiteren Lizenzen beschaffen zu können und/oder eine Erschwerung des Handels insgesamt.

Die gilt im Übrigen auch für die Verkäufer von Lizenzen (Behörden wie Unternehmen), die häufig im Rahmen der Verkaufsverhandlungen vom Händler sogenannte NDA bzw. Vertraulichkeitsvereinbarungen verlangen. Händler sind in solchen Fällen vertraglich verpflichtet, die Daten der Ersterwerber zu schützen.

Die Vergabekammer Westfalen³⁹ sieht insoweit zwar ein berechtigtes Interesse des Erwerbers, einen Nachweis zur eigenen Absicherung zu verlangen. Dies könne aber etwa durch eine Freistellungserklärung des Händlers für den Fall von Regressansprüchen hinreichend geleistet werden.

Schließlich ist zu beachten, dass verschiedentlich angeforderte Dokumente zum (vermeintlichen Nachweis) aufgrund der zuvor ausgeführten Beweismittel gerichtlich gar nicht zum Zwecke eines Beweises geeignet sein dürften, deren inhaltliche Ausgestaltung aber zudem auch nicht geklärt ist. Denn was inhaltlich z. B. im Hinblick auf die Unbrauchbarmachung von wem, wie (in welcher Form) erklärt werden muss, ist höchststrichlerlich nicht festgelegt. Im Falle von Unternehmen stellt sich in Bezug auf Erklärungen schon die Frage, wer die Löschung sämtlicher (potentieller) Nutzer überhaupt (wahrheitsgemäß und rechtsverbindlich) erklären kann. Weiterhin ist nicht zu verschweigen, dass das Verlangen der außergerichtlichen Vorlage bestimmter Dokumente stets die eigene umfassende rechtliche Überprüfung des Käufers auslöst und bei Ausbleiben etwaiger unverzüglicher Rügen von erkennbaren Mängeln durch den Käufer Gewährleistungsansprüche ausgeschlossen sein können (§ 377 HGB). Dies löst also einen nicht zu unterschätzenden Aufwand aus.

Wenn aber solche Dokumente bzw. Nachweise letztlich ohnehin nicht zum (gerichtlichen) Beweis geeignet sind – und damit vom Händler nicht geschuldet sein dürften – und diese nur verlangt werden, weil ein Hersteller danach (außergerichtlich) schlicht aufgrund des Erwerbs von gebrauchter Software fragt, wird im Ergebnis genau dem nachgegeben, was der EuGH für unzulässig bzw. nicht erforderlich erklärt hat. Nämlich dem Erfordernis einer Zustimmung bzw. Genehmigung des Herstellers für die Veräußerung bzw. den Erwerb der (gebrauchten) Lizenz.

³⁹ Vergabekammer Westfalen, Beschluss vom 1.3.2016 – VK 1 – 02/16.

Vergaberechtlich dürfen gemäß § 6 Abs. 3 VOL/A⁴⁰ anknüpfend an § 2 Abs. 1 VOL/A solche Unterlagen und Angaben gefordert werden, mit denen Unternehmen ihre Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit belegen können, die durch den Gegenstand des Auftrags gerechtfertigt sind – was hier der Erwerb der Lizenzen ist. Hierfür bedarf es keiner bestimmten Form oder bestimmter Nachweise. Soweit im Vorwege des Zuschlags vergaberechtskonform besondere Erklärungen verlangt werden dürfen, handelt es sich grundsätzlich um Eigenerklärungen des Anbieters. Zwar steht der Behörde dabei wiederum grundsätzlich ein Beurteilungs- und Ermessensspielraum zu, dies gilt allerdings nicht im Hinblick auf Rechtsfragen.⁴¹ Weder im Allgemeinen, bezogen auf den Erwerb von Software-Lizenzen von bestimmten Herstellern wie Microsoft, noch im Speziellen für dessen Nacherwerb als gebrauchte Lizenzen ergibt sich das Erfordernis eines besonderen Eignungsnachweises. Die höchstrichterlichen Rechtsprechungen des Europäischen Gerichtshofs⁴² und des deutschen Bundesgerichtshofs⁴³ haben keinerlei formelle Anforderungen an die Person des Veräußernden bzw. an den Vorgang der Veräußerung gestellt.

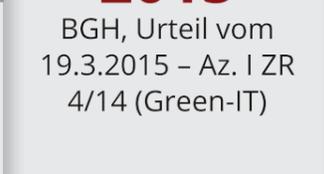
Vielmehr sind die genannten Voraussetzungen der Erschöpfung rein tatsächlicher Art, sie müssen also lediglich tatsächlich vorliegen, einer besonderen Form oder spezieller Nachweise bedarf es also zur rechtmäßigen Ausübung des Nutzungsrechts nicht.

Es stellt sich somit die wichtige Frage, ob und ggf. welche Informationen und Nachweise ein Nacherwerber im Einzelnen erhalten muss. Insbesondere die viel diskutierten Forderungen nach Vertragsnummern, Original-Verträgen,

Original-Schlüsseln sowie eine dem Nacherwerber überlassende persönliche Vernichtungserklärung wurden gerichtlich aber nicht aufgestellt.

Grundsätzlich ist vielmehr, ausgehend von der Entscheidung des EuGH, festzuhalten, dass es weder einer Zustimmung zur Veräußerung im Vorwege hierzu noch einer Genehmigung durch Vorlage bestimmter Dokumente durch den Software-Hersteller bedarf. Zur Absicherung der aufgestellten Beweislast des Erwerbers kann letztlich nur ein Mittel, das potentiell ein Gerichtsverfahren in Bezug nimmt, dienen. In diesem Zusammenhang erscheint insoweit – wie auch die Vergabekammer Westfalen⁴⁴ herausgestellt hat – eine gerade auf diesen Fall zugeschnittene **Freistellungserklärung** geeignet zu sein, um dieser Last wirtschaftlich im Wesentlichen zu entgehen.

Umgekehrt die (gerichtliche) Beweislast als Käufer zur Begründung zu nutzen, um möglichst viele Original-Dokumente als Nachweise vom Verkäufer zu erlangen, um diese dann zur Vermeidung von Irritationen postwendend dem Hersteller zur Verfügung zu stellen, führt an den Anfang der hier geschilderten Rechtsgeschichte zurück und ist rechtlich nicht anzuerkennen.

	2006 LG Hamburg, Urteil vom 29.6.2006 – 315 O 343/06		2013 BGH, Urteil vom 17.7.2013 – I ZR 129/08 – UsedSoft II		2015 BGH, Urteil vom 19.3.2015 – Az. I ZR 4/14 (Green-IT)		2017 OLG München, Urteil vom 1.6.2017 – Az. 29 U 2554/16
2000 BGH, Urteil vom 6.7.2000 – I ZR 244/97 (OEM)	2012 EuGH, Urteil vom 3.7.2012 – C-128/11			2014 BGH, Urteil vom 11.12.2014 – I ZR 8/13 – UsedSoft III		2016 EuGH, Urteil vom 12.10.2016 C-166/15; Hanseatisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 16.06.2016 - 5 W 36/16; Vergabekammer Westfalen, Beschl. v. 1.3.2016 – VK 1 - 02/16	

Bildnachweise siehe weitere Einbettungen

40 Gemeint ist hier und im Weiteren Ausgabe 2009, die durch Vergabeverordnung bzw. Unterschwellenvergabeordnung abgelöst wurde bzw. wird; ähnlich auch § 122 GWB und § 31 der 2017 erlassenen Unterschwellenvergabeordnung.

41 OLG Düsseldorf, 21.2.2005, Verg. 91/04.

42 EuGH, Urteil vom 3.7.2012, C-128/11.

43 BGH, Urteil vom 17.7.2013, I ZR 129/08.

Bildnachweise siehe weitere Einbettungen

44 Vergabekammer Westfalen, Beschluss vom 1.3.2016 – VK 1 – 02/16.

4. Vergaberechtliche Grundlagen unter Berücksichtigung von EuGH und BGH

4.1 Die Rolle der Software-Hersteller – vor, während und nach der Beschaffung

Eine Einbindung eines privaten Unternehmens (eines Herstellers wie z. B. Microsoft oder Händler wie die Licensing Solution Partner (LSP)) in ein öffentliches Ausschreibungsverfahren führt zu einem schwerwiegenden Verstoß gegen das vergaberechtliche Neutralitätsgebot.

Da ein Hersteller eine besondere Nähebeziehung zu bestimmten Händlern hat, hat dieser ein Eigeninteresse im Sinne des § 6 Vergabeverordnung, sodass bei dessen Einbindung eine zu vermeidende Interessenkollision entstehen kann.

Mit dem Vorliegen eines funktionierenden Marktes für gebrauchte Software-Lizenzen könnte eine Einbindung zudem auch kartellrechtlichen Einschränkungen unterliegen.

Als marktbeherrschendes bzw. marktstarkes Unternehmen dürfen Hersteller wie Microsoft zudem keine wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen an den Tag legen.

Im Rahmen sog. SAM-Projekte, Plausibilisierungen und/oder Audits werden gebrauchte Software-Lizenzen teilweise nicht von den Hersteller-Partnern bzw. Herstellern „anerkannt“.

Wie erwähnt ist dies aber auch nicht erforderlich und bedeutet keinesfalls, dass der Erwerber unrechtmäßig gehandelt hat. Unter keinen Umständen sollte der Druck der vom Hersteller beauftragten Prüfer zu vorschnellen Handlungen wie eine Neu-Lizenzierung führen. Andernfalls drohen die Früchte der höchstrichterlichen Rechtsprechung verloren zu gehen.

Eine neutrale Beratung kann insoweit zur Unterstützung sachdienlich sein.

4.2 Gebrauchte Lizenzen müssen berücksichtigt werden

Für die öffentliche Hand sind gebrauchte Lizenzen heute zwingend zu berücksichtigen. Trotz hoher Einsparpotentiale ist die Unsicherheit bei Ausschreibungen und den erforderlichen Unterlagen für den Erwerber nach wie vor groß und dies aufgrund der „verrechtlichen“ Historie auch durchaus nachvollziehbar. Gleichwohl ist die vergaberechtliche Rechtsprechung insoweit schon lange durchaus aufgeschlossen und weist Skeptiker in ihre Schranken.

Bereits die Vergabekammer bei der Bezirksregierung Düsseldorf kam in einem Beschluss im Jahre 2008⁴⁵ zu der Auffassung, dass Gebraucht-Lizenzen und entsprechende Händler nur dann grundsätzlich abgelehnt werden könnten, wenn mit der erforderlichen Gewissheit feststände, dass gewerbliche Schutzrechte vom Bieter verletzt würden und er deshalb mit Aussicht auf Erfolg auf Unterlassen in Anspruch genommen werden könnte. Dies wurde seinerzeit trotz der teilweise noch offenen Rechtsfragen indes von der Vergabekammer bereits verneint.

Zuletzt hat nochmals die Vergabekammer Westfalen die Befürchtung, vom Hersteller der Software (hier Microsoft) bei der Verwendung von Gebraucht-Lizenzen von einem nichtautorisierten Händler auf Unterlassung oder Schadensersatz in Anspruch genommen zu werden, vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EuGH und BGH als unbegründet zurückgewiesen.⁴⁶ Dies gelte insbesondere auch im Hinblick auf Volumenlizenzen. Damit sei die „Rechtmäßigkeit des Gebraucht-Software-Handels im Grundsatz“ bestätigt.

Die Vergabekammer stellt nochmals heraus: Der Grund, keine gebrauchte Lizenz wegen Regressansprüchen des Herstellers zu erwerben, liege nicht mehr vor und könne nicht zur Rechtfertigung der Abweichung vom Grundsatz aus § 8 EG Abs. 7 VOL/A bemüht werden.

Damit überträgt die Vergabekammer die höchstrichterliche Rechtsprechung in aller Klarheit auf das Vergaberecht. Insoweit führte die Entscheidung die Linie⁴⁷ fort, dass gebrauchten Lizenzen kein Anschein von Rechtswidrigkeit anhaftet.

⁴⁵ Vergabekammer Düsseldorf, Beschluss vom 23.5.2008 – Az. VK-7/2008-L.

⁴⁶ Vergabekammer Westfalen, Beschluss vom 1.3.2016 – VK 1 – 02/16.

⁴⁷ Vergabekammer Düsseldorf, Beschluss vom 23.5.2008 – Az. VK-7/2008-L.

Die Vergabekammer Westfalen hat überdies entschieden,⁴⁸ dass im Fall des Erwerbs gebrauchter Microsoft-Lizenzen das Risiko der Inanspruchnahme des Erwerbers von gebrauchter Software durch den Hersteller praktisch nicht bestände.

Deswegen reiche es für die Vergabestelle der staatlichen Behörde, die Lizenzen erwerben möchte, zur Absicherung des Vorliegens der Voraussetzungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Erschöpfung, insbesondere im Hinblick auf die erfolgte Unbrauchbarmachung der Kopie der Vorerwerber, beispielsweise aus, dass eine Freistellungserklärung im Vertrag mit dem Bieter vereinbart würde.

Auch das von der ausschreibenden Behörde im Rahmen von Audits durch Microsoft befürchtete rechtliche Risiko, dass die Rechtmäßigkeit der Nutzung der gebrauchten Lizenzen bestritten würde und daher der Nachweis der Erschöpfung zu erbringen wäre, überzeugte die Vergabekammer Westfalen nicht. Denn insoweit fehle es bereits an Hinweisen, dass mit einem Verstoß gegen Schutzrechte durch Bieter von Gebrauchtlizenzen und daher mit einer erforderlichen Inanspruchnahme durch Microsoft aufgrund der gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung zu rechnen sei.

Die Vergabekammer sah zu Recht, dass die Anforderungen an das Vorliegen der Erschöpfung vom BGH zwar sehr hoch angesetzt wurden, gleichwohl aber die Möglichkeit bestehe, sich umfassend in einer Leistungsbeschreibung (vgl. hierzu Abschnitt 5.3 Leistungsgegenstand, Leistungsbeschreibung) abzusichern und bestimmte Anforderungen den Händlern abzuverlangen. Eine solche Absicherung wäre im Lichte des BGH gerechtfertigt.

Damit leistete die Vergabekammer wichtige Aufklärungsarbeit, wie Ausschreibungen abzubilden sind und auf welche Art und Weise Nachweise durch den Händler erbracht werden können. Beispielsweise könne dies über eine Freistellungsvereinbarung in den abzuschließenden Vertrag aufgenommen werden.⁴⁹

Das Insolvenzrisiko, das vom Antragsgegner für den Fall einer Freistellungsvereinbarung befürchtet wird, noch zu tragen, sei vor dem Hintergrund der klaren Rechtsprechung nicht nachvollziehbar, wonach im Ergebnis das Risiko einer Inanspruchnahme durch Microsoft praktisch nicht bestehe.

Fazit:

Eine kategorische Nichtberücksichtigung gebrauchter Software-Lizenzen ist nicht statthaft.

⁴⁸ Vergabekammer Westfalen, Beschluss vom 1.3.2016 – VK 1 – 02/16.

⁴⁹ Vergabekammer Westfalen, Beschluss vom 1.3.2016 – VK 1 – 02/16; vgl. Abschnitt 4.4 ff.

4.3 Bedarfsgerechte Software-Beschaffung unter Berücksichtigung von Haushaltsvorgaben

Eine bedarfsgerechte Beschaffung von Software ist haushaltsrechtlich genau zu beurteilen und vergaberechtlich vom Gebot der Wirtschaftlichkeit geprägt. Maßgebend kann nur der objektiv nachvollziehbare tatsächliche Bedarf an Software bzw. die damit verbundene Prognose im Rahmen der IT-Strategie sein.

Dabei kommt es im Hinblick auf Standard-Software in aller Regel auf das Nahziel im Rahmen des maßgeblichen Zeitraums an, die ordnungsgemäße und leistungsfähige Verwaltung aufrechtzuerhalten, um den staatlichen Aufgaben gerecht werden zu können.

Zur Beurteilung des tatsächlichen Bedarfs ist eine genaue Produkt- und damit Nutzungsrechtskenntnis entscheidend, um die tatsächlich erforderlichen Nutzungsszenarien rechts- und bedarfskonform abzubilden. Häufig werden mutmaßlich neuartige Funktionen von neuen Software-Ständen weder benötigt noch diese überhaupt eingesetzt, sondern vom mitumfassten „Downgradederech“ Gebrauch gemacht.

Es wäre insofern bedarfswidrig, die neueste Version als erforderlich zu erachten, selbst wenn sie einen objektiven Mehrwert bietet, da dieser eben nicht benötigt wird und dadurch die Kosten übermäßig gesteigert werden.

Gebraucht-Software dürfte daher auch finanziell gerade für öffentliche Auftraggeber interessant sein. Dies kann sowohl im Fall des Verkaufs gebrauchter Lizenzen denkbar sein, vor allem aber bei der Beschaffung zusätzlicher Lizenzen von oftmals schon im Einsatz befindlichen Software-Ständen.

Insofern muss im Fall der Beschaffung überlegt werden, wie die zur Verfügung stehenden öffentlichen Gelder möglichst effektiv, d. h. wirtschaftlich, genutzt werden können. Da es bei Software-Lizenzen rechtlich um Nutzungsrechte geht, gibt es abgesehen vom Preis in aller Regel keinen weiteren unmittelbar zu berücksichtigenden Umstand.

Deswegen ist Vorsicht geboten, wenn zusätzliche Leistungen in Kombination mit dem Erwerb der Software gebracht werden, die in keinem unmittelbaren Zusammenhang stehen. Einsparungen bedeuten auch gerade für die öffentliche Hand ein rechtlich gebotenes Ziel, selbst wenn zukünftige Budgets dadurch reduziert sein können.

5. Die Beschaffung gebrachter Software-Lizenzen in der Praxis

5.1 Darstellung der Grundzüge

Die zuvor ausgeführte Historie der Rechtsprechung der Gebrauchtlizenz lässt deutlich erkennen, dass die grundsätzlichen Rechtsfragen seit vielen Jahren geklärt sind und die Übertragbarkeit von solchen Lizenzen nicht zu bestreiten ist.

Erkennbar ist allerdings auch, dass die Diskussionen in diesem Zusammenhang häufig auf Fragen der Beweislast verlagert werden und damit der Eindruck vermittelt wird, der Erwerber gebrachter Lizenzen befände sich inmitten eines Gerichtsprozesses und muss Beweismittel benennen.

Wie zuletzt die Vergabekammer Westfalen⁵⁰ nochmals betont hat, ist dies falsch.

Ein besonderes Risiko, vom Hersteller in Anspruch genommen zu werden, besteht nicht. Auch die Praxis zeigt (nach unserem Kenntnisstand), dass Prozesse gegen Erwerber von gebrachter Software außerhalb von Produktpiraterie bzw. Key-Resellings durch die großen Standardsoftware-Hersteller ausgeblieben sind.

Wenn aber kein besonderes Risiko einer gerichtlichen Auseinandersetzung besteht, erscheint es dann nicht auch irreführend, über (prozessuale) Beweismittel und Vorlage solcher beim Software-Hersteller zu diskutieren? Vielmehr sollte es dem Hersteller im Sinne eines offenen Handels gerade nicht möglich sein, Kontrolle oder Einfluss auf den Sekundärhandel nehmen zu können.

Deswegen dürfte die praktische Herausforderung darin liegen, praktikable Lösungen für einen gesunden Handel zu finden.

Indem die Art und Weise, wie Lizenzen übertragen werden sollen⁵¹, gerichtlich nicht geklärt ist, ist hier also grundsätzlich kein allzu hoher Maßstab anzusetzen. Genau dies hat die Vergabekammer Westfalen vor dem Hintergrund der sehr hohen Anforderungen des BGH festgestellt.

⁵⁰ Vergabekammer Westfalen, Beschluss vom 1.3.2016 – VK 1 – 02/16.

⁵¹ Also mittels welcher Erklärungen, mit welchem Inhalt usw.



Angebracht erscheint insoweit, offen für die verschiedenen Angebote zu sein.⁵² Soweit bestimmte Angebote rechtssicherer als andere erscheinen, besagt dies keineswegs, dass dies auch der Fall ist. Vielmehr verlangt gerade die Vorlage von Dokumenten eine nicht immer einfache (rechtliche) Bewertung.⁵³ (Vgl. hierzu auch Abschnitt 3.4 Möglichkeiten der Nachweisführung.)

Selbst der Hersteller der Software kann nicht über die rechtlichen Voraussetzungen disponieren, ob die Erschöpfungsvoraussetzungen im Einzelfall erfüllt waren oder nicht.

Soweit Zweifel im Hinblick auf die Rechtssicherheit verbleiben, hat die Vergabekammer Absicherungsmöglichkeiten zugebilligt, aber weiter gehende Hürden auch versagt. Eine solche Absicherung kann z. B. mit einer Freistellung von Ansprüchen des Herstellers erreicht werden.⁵⁴

Die offene Herangehensweise verlangt vergaberechtlich, von Möglichkeiten Gebrauch zu machen, ohne sich anderen zu verschließen. Soweit also bestimmte Volumenlizenzverträge offenstehen, kann dies angeboten sowie Produktbezeichnungen offen zur bedarfsgerechten Beschaffung formuliert werden. Soweit es etwa aktuell um die Nutzung einer älteren Software-Version geht, wäre sowohl eine Software-Lizenz mit Downgraderecht denkbar wie auch eine alte Version ausreichend. Nur ein offener Ansatz eröffnet eine wirtschaftlich günstige Beschaffung. (Vgl. hierzu Kapitel 4.3)

Lizenz-Mischmodelle, die zu (u. U. vermeintlichen) erweiterten (u. a. Upgrade-) Rechten führen, wie Microsoft Software Assurance, kann nur dann haushaltskonform erwogen werden, wenn gerade diese Rechte auch erforderlich sind. Schematische Lösungen verbieten sich also.⁵⁵

⁵² Jedenfalls solange das gerichtlich nicht explizit für unzureichend bewertet wurde.

⁵³ Wie bereits ausgeführt ist rechtlich nicht geklärt, was genau, von wem und in welcher Form erklärt werden müsste. Auch im Übrigen birgt die selbst zu besorgende Überprüfung von Dokumenten im Hinblick auf die rechtlichen Voraussetzungen der Erschöpfung Risiken. Die Haftung der Prüfung trägt derjenige, der gerade besondere Erklärungen/Dokumente verlangt. Denn wie erwähnt, können ausbleibende Rügen zum Verlust der Mängelrechte des Käufers führen. Ob mit solchen Dokumenten ein gerichtlicher Beweis möglich wäre, erscheint noch dazu sehr fraglich (s. o.).

⁵⁴ Vgl. hierzu Abschnitt 5.4.4.

⁵⁵ Vgl. hierzu u. a. Kapitel 4.3 sowie 5.3.1 und 5.3.2.

5.2 Beschränkung des Vergabeverfahrens

Teilweise waren öffentliche Auftraggeber in der Vergangenheit der Meinung, sie müssten Standard-Software bei Händlern kaufen, die – auf Grundlage diverser Bundes-/Landes-Rahmenverträge – von den Herstellern „zugelassen“ seien.

Das ist jedoch falsch.⁵⁶ Maßgeblich sind die Verpflichtungen, die sich aus dem Vergaberecht und den Vorgaben einer ordentlichen Haushaltsmittelverwendung ergeben. Das Vergaberecht sieht zudem eindeutig vor, dass Lieferanten nur in gesetzlich zugelassenen Fällen vom Bieterverfahren (Ausschreibung) ausgeschlossen werden dürfen (vgl. u. a. §§ 123, 124 GWB). Ein Grund, Gebrauch-Händler nicht zu berücksichtigen, ist gerade auch bei freihändigen Vergaben nicht gegeben.

Während Rahmenverträge vergaberechtlich speziell geregelt sind, dürfen Volumenlizenzprogramme, wie etwa Microsoft Select-Verträge, hiermit nicht verwechselt werden.

Denn nach Leitsatz 4 der Entscheidung aus Düsseldorf⁵⁷ handelt es sich bei Microsoft Select-Verträgen gerade nicht um Rahmenverträge im Sinne des § 3 a Nr. 4 VOL/A (und damit im Sinne des § 4 VOL/A), da diese von dem „Beitretenden“ nicht mit dem oder den in Aussicht genommen Leistungserbringer(n) der Einzelabrufe abgeschlossen werden.

Vielmehr stellte die Vergabekammer Westfalen⁵⁸ mit der Ausschreibung von „Neulizenzen“ und „Registrierung zu einem Microsoft Select-Plus-Vertrag“ eine unzulässige Beschränkung des Bieterkreises und damit eine Verletzung des Grundsatzes des offenen Verfahrens (§ 101 Abs. 7 GWB) fest. Entsprechend der Entscheidung der Vergabekammer Düsseldorf⁵⁹ sind solche geschlossenen Vertriebsstrukturen in diesem Kontext nicht anzuerkennen oder gar zu schützen.



Insofern ist anzumerken, dass Bieter lediglich nach ihrer Eignung im Hinblick auf den Leistungsgegenstand zu beurteilen sind. Für das Anbieten von Lizenzen sind gerade keine unmittelbaren Vertragsbeziehungen zu Microsoft erforderlich. Die Möglichkeit der Beschaffung aus Select-Plus-Verträgen kann gleichwohl bei einer Ausschreibung als solche Möglichkeit Erwähnung finden, um Händlern und damit der öffentlichen Hand entsprechende vergünstigte Konditionen zu eröffnen.

⁵⁶ Vergabekammer bei der Bezirksregierung Düsseldorf, Beschluss vom 23.5.2008 – Az. VK-7/2008-L.

⁵⁷ Vergabekammer bei der Bezirksregierung Düsseldorf, Beschluss vom 23.5.2008 – Az. VK-7/2008-L.

⁵⁸ Vergabekammer Westfalen, Beschluss vom 1.3.2016 – VK 1 – 02/16.

⁵⁹ Vergabekammer bei der Bezirksregierung Düsseldorf, Beschluss vom 23.5.2008 – Az. VK-7/2008-L.

Weiterhin stellte die Vergabekammer Westfalen klar,⁶⁰ dass die weiteren vorge-tragenen Vorteile des BMI-Vertrags keine sachlichen Gründe zur Abweichung von der produktneutralen Beschreibung darstellen. Die Vorteile, z. B. ein On-line-Portal, ein umfassendes Lizenzmanagement, einheitliche Lizenzkeys usw., seien nicht Merkmale des Beschaffungsgegenstands. Der Vergabegegenstand selber, hier der Erwerb von Software-Lizenzen, darf nicht um bestimmte zusätzliche Hersteller-exklusive Leistungen beliebig ergänzt werden und damit letztlich in der Konsequenz wieder gebrauchte Lizenzen dadurch ausgeschlossen werden.

5.3 Leistungsgegenstand, Leistungsbeschreibung und Losaufteilung

5.3.1 Leistungsgegenstand, Leistungsbeschreibung

Gemäß § 7 Abs. 1 VOL/A⁶¹ ist die Leistung eindeutig und erschöpfend in der Leistungsbeschreibung zu beschreiben. § 7 VOL/A bzw. die gesamte VOL/A dienen aufgrund der haushaltsrechtlichen Ausrichtung dieser Regelungen im Wesentlichen der Vermeidung unwirtschaftlicher Beschaffung durch ungenaue, fehlerhafte oder zu enge Anforderungen. Dazu zählt gemäß § 7 Abs. 2 VOL/A die genaue Beschreibung der verkehrsüblichen Bezeichnung nach Art, Beschaffenheit und Umfang oder durch Darstellung ihres Zwecks, der Funktion oder Anforderungen usw. Nur ausnahmsweise dürfen bestimmte Marken-/Produkt-namen gemäß § 7 Abs. 4 VOL/A genannt werden.

Hervorzuheben ist insbesondere, dass die Leistungsbeschreibungen produkt- und lösungsneutral sowie diskriminierungsfrei zu gestalten sind. Aus diesem Grundsatz heraus folgt, dass eine zu enge Leistungsbeschreibung, die für den intendierten Zweck nicht erforderlich ist, jedenfalls unzulässig ist.

Sehr häufig bieten ältere Software-Versionen von Standard-Software auch noch für einen längeren Zeitraum vollständig bedarfsgerechte Eigenschaften, die zudem Fehler behoben bekommen haben. Es ist auch durchaus vorstellbar, dass eine Vielzahl von Behörden ein bis zwei Versionen auslassen, bis sie wieder Standard-Software beschaffen.

So ist z. B. genau zu prüfen, ob etwa der Einbezug von zusätzlichen und nicht näher verifizierten Services wie sie bspw. durch die Software Assurance abgedeckt wird, in Einheit mit einem Produkt überhaupt benötigt wird und wenn ja, wie diese Dienstleistungen ausgeschrieben werden müssen.

⁶⁰ Vergabekammer Westfalen, Beschluss vom 1.3.2016 – VK 1 – 02/16.

⁶¹ So auch § 23 Abs. 1 Unterschwellenvergabeordnung.

In diesem Zusammenhang – aber auch grundsätzlich – wichtig ist die Frage, was, wann und wie für eventuelle künftige Zwecke gekauft werden darf. Wählt man eine Software Assurance von Microsoft, um damit künftige Versionen (indirekt über die SA-Gebühr) einzukaufen, ist dies haushalts- und vergaberechtlich zumindest kritisch zu sehen. Inwieweit diese Software, bestimmte technische Erfordernisse und Anforderungen des Auftraggebers erfüllen wird, lässt sich trotz der Bindung kaum prognostizieren. Valide wirtschaftliche Berechnungen können so jedenfalls – vor allem im Sinne von Haushalts- und Vergaberecht – kaum getroffen werden.

In der Sache geht es um den Erwerb von Standard-Software und den damit verbundenen Nutzungsrechten (Lizenzen). Ziel des Kaufs ist das Recht zur bestimmungsgemäßen Nutzung der Software. Dieser Bedarf wird durch die Beschaffung auf Basis der am Markt bestehenden Standard-Software-Lösungen und ihrer jeweiligen Metriken mit der entsprechenden Anzahl beschreiben. Dies können je nach Hersteller und Modell Benutzerlizenzen, Arbeitsplatzlizenzen oder sonstige technische Bezugnahmen sein. Jeweils in Bezug zu nehmen sind die Versionsstände sowie ggf. weitere Auftraggeber-typische Spezifikationen.

5.3.2 Besonderheit Software Assurance

„Software Assurance ist der Schlüssel zu einer flexiblen und effektiven Nutzung Ihrer Microsoft-Technologie und damit mehr als nur ein Upgrade-Recht. Bestimmte Einsatzszenarien beim Kunden werden sogar erst dank der über Software Assurance eingeräumten Sonderrechte abbildbar. So ist z. B. das mobile Arbeiten mit einem virtuellen Desktop lizenzrechtlich nur unter Software Assurance möglich. Software Assurance bietet darüber hinaus **eine Fülle an Services**, die es Kunden erleichtern, die Gesamtkosten des Software-Einsatzes zu reduzieren und damit die Budgetsituation zu optimieren.“⁶² (Vgl. hierzu auch Abschnitt 4.3)

Die für Microsoft umsatzfördernde Software Assurance lohne sich für das Unternehmen allerdings nur, wenn jedes Upgrade der betreffenden Software übernommen wird. Microsoft wolle offensichtlich deutlichen Druck in Richtung auf kürzere Nutzungszeiten einzelner Versionen ausüben, um mittelfristig die erheblichen Kosten für Support und Pflege der älteren Software-Releases zu verringern.⁶³

Für Behörden und oftmals auch Unternehmen findet demgegenüber ein Roll-out neuer Software-Stände oftmals erst nach Erscheinen nachgelagerter Versionen und Ablauf längerer Zeitintervalle statt.

Eine Beschaffung von Software mit Software Assurance birgt daher das Risiko, dass hier nicht bedarfsgerecht, nämlich an der Realität des Nutzungsverhaltens

⁶² Vgl. <https://www.microsoft.com/de-de/Licensing/lizenzprogramme/software-assurance.aspx> (09.10.2017).

⁶³ Vgl. Neumann/Sonnenschein/Schuhmacher/Lange, Fünf Wege zu organischem Wachstum: Wie Unternehmen antizyklischen Erfolg programmieren können, 2003, S. 73.

vorbei, (auf Druck von Microsoft) beschafft wird. Es muss also stets überprüft werden, ob tatsächlich ein nutzbarer Mehrwert durch Software Assurance entstehen wird, um die höheren Kosten rechtfertigen zu können.

Insofern bedarf es im Einzelfall einer genauen Analyse dahingehend, dass Leistungen der Software Assurance tatsächlich zum Vergabegegenstand gehören und nicht etwa ihrerseits ein eigenständiger Gegenstand wie zusätzliche Services darstellen. Soweit es um den Erwerb von Software-Lizenzen geht, darf die Software Assurance nicht dazu führen, dass pauschal nur noch solche Lizenzen hiermit ausgeschrieben werden. Denn dadurch würde nicht nur der Gebraucht-Handel pauschal abgeschnitten, sondern mutmaßlich auch der tatsächliche Bedarf zulasten der Wirtschaftlichkeit und zugunsten des geschlossenen Vertriebs des Herstellers angegeben.

5.3.3 Aufteilung in Lose

Gemäß § 2 Abs. 2 VOL/A sind Auftraggeber dazu verpflichtet, Leistungen zum einen in der Menge (Teillose), zum anderen getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) aufzuteilen und dann regelmäßig auch in Losen zu vergeben. Somit besteht eine Verpflichtung des Auftraggebers, auf der ersten Stufe die Leistung in Unterleistungen (Teillose) zu unterteilen und auf der zweiten Stufe die einzelnen Teilleistungen in Losen möglichst auch an einzelne Bieter zu vergeben. Angesichts der hohen Bedeutung, die die Losaufteilung für den Mittelstandschutz hat und auch vor dem Hintergrund von Regelungssystematik und Intention des Regelungsgebers ist die Losaufteilung allerdings bindende Regel und eine Gesamtvergabe die Ausnahme.

Nur wenn es wirtschaftliche und technische Gründe erfordern, kann der Auftraggeber gemäß § 2 Satz 2 VOL/A von der Auftragsaufteilung oder -trennung absehen. Wirtschaftliche Gründe kommen für eine Gesamtvergabe zum Tragen, wenn die vertragsgemäße, einheitliche Gesamtleistung bei Losaufteilung nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand gesichert werden kann. Technische Gründe können sich aus zeitlichen, logistischen, bau- oder sicherheitstechnischen Rahmenbedingungen oder auch aus system-, herstellungs- oder kooperationsbedingten Strukturen ergeben. Vorliegend kommen weder wirtschaftliche noch technische Gründe zur Rechtfertigung der Vergabe ohne Losaufteilung in Betracht.

Umgekehrt kann eine Losaufteilung gerade einen größeren Adressatenkreis an Bewerbern aus dem Mittelstand im Sinne von § 97 Abs. 4 GWB adressieren, die ihrerseits die Lizenzen ggf. günstiger anbieten können. Da es sich bei dem Erwerb von Lizenzen für Standard-Software um urheberrechtliche Nutzungsrechte handelt, ist für technische Verbindungen der unterschiedlichen Produkte, die eine gemeinsame Vergabe begründen könnten, kein Raum.

5.4 Vorschläge von Eignungs- und Zuschlagskriterien sowie deren Nachweise

Nachfolgend werden einige Vorschläge für die praktische Ausgestaltung einer Ausschreibung, die rechtskonform auch gebrauchte Standard-Software-Lizenzen berücksichtigen soll, ohne Anspruch auf Vollständigkeit und Geeignetheit in jedem Einzelfall gemacht. Im Einzelfall empfiehlt es sich, die Formulierung und Ausgestaltung bei der Beschaffung von (gebrauchter) Software rechtlich begleiten zu lassen.

5.4.1 Vorgaben des EuGH

Zunächst einmal ist ein Verschweigen der Berücksichtigung von gebrauchter Software aufgrund der zuvor dargestellten Rechtsprechung nicht zu empfehlen. Andernfalls geht (zunächst) die Gestaltungshoheit insoweit verloren und die Konfrontation im Vergabeverfahren liegt nahe.

Deswegen sollten für den Fall des Angebots von gebrauchter Software zu den jeweils ausgeschriebenen Produkten Vorgaben zum Vergabegegenstand insoweit gemacht werden.

Im Einzelnen setzen diese die Übereinstimmung mit den Vorgaben des EuGH und des BGH voraus, wodurch die gesetzliche Hürde der Erschöpfung in Bezug auf die angebotene Software genommen wird.⁶⁴



Vorsorglich könnte vom Händler eine entsprechende Bestätigung bzw. Zusicherung verlangt werden, die nachfolgende Beschreibung (vgl. hierzu auch Muster „Eigenerklärung“ S. 36/37) enthalten könnte:

Die von der höchstrichterlichen Rechtsprechung aufgestellten Anforderungen an einen rechtskonformen Erwerb von gebrauchten Software-Lizenzen werden vorliegend in Bezug auf die gesamte Rechtakte sichergestellt. Denn:

- § die vorliegend angebotenen Lizenzen sind ursprünglich mit Zustimmung des Herstellers im Europäischen Wirtschaftsraum in den Verkehr gebracht worden;
- § als Gegenleistung für die Lizenz wurde ein Entgelt entrichtet;
- § das mit der gekauften Lizenz eingeräumte Recht wurde dauerhaft (unbefristet) eingeräumt;
- § mit dem Erwerb der Software ist der Ersterwerber berechtigt gewesen, etwaige Verbesserungen und Aktualisierungen der angebotenen Software zu nutzen;
- § und Vorerwerber haben etwaige Software-Kopien unbrauchbar gemacht.
- § Rechtsfolge: die Einräumung des bestimmungsgemäßen Nutzungsrechts der angebotenen Software wird zugesichert.

⁶⁴ Alternativ wäre nur eine Lizenzübertragung mit Zustimmung des Herstellers denkbar.

5.4.2 Bestimmungsgemäße Nutzung aufgrund Lizenzbestimmungen

Ebenfalls der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist zu entnehmen, dass Sie als Erwerber der Software über den Inhalt der Lizenz und dessen Bestimmungen informiert werden müssen, da das bestimmungsgemäße Nutzungsrecht sich hieraus ableitet.

Deswegen muss Ihnen – wie generell – klar sein, welche jeweiligen Lizenzbestimmungen für den Erwerb der jeweiligen Lizenz gelten. Zu den Lizenzbestimmungen bei Microsoft gehören insbesondere der Inhalt des Lizenzvertrages, die Produktliste und die Produktbenutzungsrechte bzw. Produktbestimmungen.

Sie können dem Händler bspw. folgende Erklärung vorschlagen:

Bei den oben aufgeführten gebrauchten Lizenzrechten handelt es sich um gebrauchte Microsoft Volumenlizenzen, die erstmalig per Download am ... im Europäischen Wirtschaftsraum in den Verkehr gebracht wurden und an denen sich entsprechend den Voraussetzungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (Urteil vom 3.7.2012 – C-128/11) und Bundesgerichtshofs (Urteil vom 11.12.2014 – I ZR 8/13) das Verbreitungsrecht des Herstellers erschöpft hat.

Grundlage des Lizenzerwerbs ist ein Microsoft Lizenzvertrag, der zur Anlage bei Übergabe der Lizenzen geliefert wird und auf die dort genannten weiteren Bestimmungen ... von Microsoft verweist.

5.4.3 Voreigentümer und Rechtekette

Die Person des Ersterwerbers, etwa ob diese einem besonderen Personenkreis angehört, sowie Vertragsnummern sind für die maßgebliche Frage der Erschöpfung und das bestimmungsgemäße Nutzungsrecht **ohne maßgebende rechtliche Bedeutung** und die Kenntnis dieser für dessen Ausübung rechtlich nach derzeitigem Stand **nicht erforderlich und somit auch nicht zwingend verlangt werden dürfen**. Bestimmungen des Lizenzvertrags, die den Einsatz der Software auf einen bestimmten Nutzerkreis oder einen bestimmten Verwendungszweck eingrenzen und damit die infolge der Erschöpfung des Verbreitungsrechts eingetretene freie Verkehrsfähigkeit des Computerprogramms beschränken, regeln zudem nicht die bestimmungsgemäße Nutzung des Computerprogramms.

Soweit diese Verträge vom Händler nicht überobligatorisch zur Verfügung gestellt werden, wäre zu empfehlen, vom Händler die Zusicherung zu erhalten, dass dieser diese im Original ggf. für den Fall eines gerichtlichen Nachweises zur Verfügung stellen könnte:

Es werden sämtliche Original-Unterlagen, Erklärungen und Belege zur Rechtekette und der entsprechenden Lieferungen manipulationssicher und insolvenzfest, vorgangsbezogen, z. B. bei einem Wirtschaftsprüfer/Treuhänder/Anwalt/Notar, abgelegt und können im Fall einer gerichtlichen Beweissituation erforderlichenfalls (vertraulich) vorgelegt werden.

Denkbar wäre zumindest im Fall, dass der Händler die Dokumente nicht vorlegt, insoweit auch, (zusätzlich) eine Bestätigung der Rechtekette in Übereinstimmung mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung von einem sachverständigen Dritten zu verlangen. Dies könnte ein IT-Sachverständiger oder auch ein Wirtschaftsprüfer sein. Die Erklärung dessen müsste sich wiederum auf alle unter Abschnitt 5.4.1 genannten Punkte und entsprechende Belege beziehen.

5.4.4 Gewährleistung und Haftungsfreistellung

Sowohl die Versicherung zu der Einhaltung der Vorgaben des EuGH (5.4.1) als auch die damit verbundenen weiteren Fragen nach Nachweisen (3.4) bergen vor allem das Risiko, dass nicht klar ist, welche und wie ausgestaltete Nachweise/Erklärungen verlangt werden sollen, und gleichzeitig damit verbunden deren Verlangen das Vergabeverfahren angreifbar machen kann. Die vorgenannte Unklarheit bewirkt schließlich, dass infolge des Verlangens gleichzeitig das Abschneiden von Gewährleistungsansprüchen bei ausgebliebenen Rügen einhergehen kann.

In diesem Spannungsverhältnis kann es Sinn machen und dürfte vergaberechtlich nicht zu beanstanden sein, als eigentlichen Nachweis zur Absicherung mit der Vergabekammer Westfalen – trotz der bereits bestehenden grundsätzlichen gesetzlichen Gewährleistungspflichten – dem Anbieter eine zusätzliche Verpflichtung in Form einer Freistellung bei Schutzrechtsverletzungen infolge des Software-Erwerbs aufzuerlegen.

Trotz des bereits nichtanerkannten Risikos der Inanspruchnahme durch den Hersteller bietet dies vor allem den Vorteil, Unterlagen nicht prüfen zu müssen und das vermeintliche Risiko wirtschaftlich nicht tragen zu müssen sowie gleichzeitig die wirtschaftlichen Vorteile von gebrauchter Software nutzen zu können. Ein zusätzlicher Prüfaufwand durch etwaige externe Berater hätte diese ggf. wieder genommen.

Beispiel einer Eigenerklärung: Einhaltung der Rechtsprechung, bestimmungsgemäße Nutzung, Haftungsfreistellung und Rechtekette:

SoftWare
Gebraucht & Neu
SoftWare GmbH
Lange Straße 1 Fon: +49 1234 5678 99
D-12345 Musterhausen Fax: +49 1234 9876 55

SoftWare GmbH – Lange Straße 1 - D-12345 Musterhausen

Muster-Behörde
Vergabestelle
Am Rathaus 1
D-11111 Berlin

Maßnahme: Vergabe-Nr. 09876-54.321 (Lieferung von Microsoft Lizenzen)

Eigenerklärung bzgl. geeigneter Nachweis Erschöpfungsvoraussetzungen und Freistellungserklärung bei gebrauchter Software.

Sehr geehrte Damen und Herren,

bei den oben aufgeführten und von uns zu liefernden gebrauchten Lizenzrechten handelt es sich um gebrauchte Microsoft Volumenlizenzen, die erstmalig per Download (Monat/Jahr) im Europäischen Wirtschaftsraum in den Verkehr gebracht wurden und an denen sich entsprechend den Voraussetzungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (Urteil vom 3.7.2012 – C-128/11) und Bundesgerichtshofs (Urteil vom 11.12.2014 – I ZR 8/13) das Verbreitungsrecht des Herstellers erschöpft hat.

I - Erklärung zu den Anforderungen der Rechtsprechung

Die von der höchstrichterlichen Rechtsprechung aufgestellten Anforderungen an einen rechtskonformen Erwerb von gebrauchten Software-Lizenzen werden vorliegend in Bezug auf die gesamte Rechtekette sichergestellt. Denn

- die vorliegend angebotenen Lizenzen sind ursprünglich im Europäischen Wirtschaftsraum in den Verkehr gebracht worden;
- als Gegenleistung für die Lizenz wurde ein Entgelt entrichtet;
- das mit der gekauften Lizenz eingeräumte Recht wurde dauerhaft (unbefristet) eingeräumt;
- mit dem Erwerb der Software ist der Ersterwerber berechtigt gewesen, Updates oder Ergänzungen zu den Produkten, den Vorabversionscode, zusätzliche Funktionen zu nutzen;
- und Vorerwerber haben etwaige Software-Kopien unbrauchbar gemacht.
- Die Einräumung des bestimmungsgemäßen Nutzungsrechts der angebotenen Software wird zugesichert.

SoftWare
Gebraucht & Neu
SoftWare GmbH
Lange Straße 1 Fon: +49 1234 5678 99
D-12345 Musterhausen Fax: +49 1234 9876 55

II - Informationen zur bestimmungsgemäßen Nutzung

- Grundlage des Lizenzerwerbs ist ein Microsoft Lizenzvertrag, der zur Anlage bei Übergabe der Lizenzen geliefert wird und auf die dort genannten weiteren Bestimmungen (Produktbenutzungsrechte, welche per 1.7.2015 durch die Produktbestimmungen (Monat/Jahr) von Microsoft) verweist.

III - Ergänzend zu den rechtlichen Vorgaben erklären wir Ihrer Behörde Folgendes verbindlich:

Informationen zur Haftungsfreistellung

- Sollten Sie als Käufer vom Software-Hersteller aufgrund der Geltendmachung von Schutzrechtsverletzungen gerichtlich oder außergerichtlich in Anspruch in Bezug auf die Rechtmäßigkeit der Erwerbskette genommen werden, so verpflichtet sich der Anbieter, den Käufer der hier angebotenen Lizenzen gegenüber Ansprüchen des Software-Herstellers freizustellen. Im Gegenzug verpflichtet sich der Käufer, alle außergerichtlichen und gerichtlichen Maßnahmen mit dem Anbieter abzustimmen und die Verfahren einvernehmlich zu führen. Der Anbieter ist zur Abwehr von Angriffen Dritter wegen Schutzrechtsverletzungen im Namen des Kunden berechtigt.

Informationen zu den Originalunterlagen und Belegen der Rechtekette

- Es werden sämtliche Original-Unterlagen, Erklärungen und Belege zur Rechtekette und der entsprechenden Lieferungen manipulationssicher und insolvenzfest, vorgangsbezogen, bei einem Wirtschaftsprüfer abgelegt und können im Fall einer gerichtlichen Beweissituation erforderlichenfalls (vertraulich) vorgelegt werden.

Mit freundlichen Grüßen

Max Mustermann
Geschäftsführer
SoftWare GmbH

Seite 2 von 2

5.4.5 Zeitpunkt der Nachweise

Schließlich stellt sich noch die Frage, wann ggf. die Vorlage von Unterlagen und Nachweisen verlangt werden kann. Dies bereits im Vorwege der Zuschlagserteilung zu erteilen, erscheint unrichtig.

Denn dies dürfte für ein Unternehmen, welches mit gebrauchten Software-Lizenzen handle, im Regelfall unverhältnismäßig und es auch gleichsam für den Handel mit gebrauchten Lizenzen marktfremd sein. Denn dadurch wäre der Händler gezwungen, im Vorhinein Lizenzen zu erwerben oder zu bevorraten, ohne zu wissen, ob diese tatsächlich benötigt werden, da eine Zuschlagserteilung auf das eigene Angebot in einem Vergabeverfahren naturgemäß nicht absehbar ist.

Auch in anderen Bereichen des öffentlichen Auftragswesens entspricht es den allgemeinen Gepflogenheiten und ist es für Unternehmen üblich, die für die Vertragsausführung notwendigen Materialien bzw. die notwendigen Erzeugnisse erst dann zu erwerben, wenn der Zuschlag erteilt wurde und damit Gewissheit besteht, dass diese auch tatsächlich benötigt werden.

Zum Zeitpunkt der Abgabe eines Angebotes steht zudem noch gar nicht fest, welchen Teil des Lagers (welche Charge aus dem Lager) bei einer eventuellen Zuschlagserteilung geliefert wird. Auch ist es möglich, dass Lizenzen geliefert werden, die erst nach der Angebotsabgabe eingekauft wurden.

Somit ist es auch dem Händler gar nicht möglich, bereits mit der Abgabe eines Angebotes alle gewünschten Informationen zu benennen. Abgesehen davon hätte die Behörde von einer Vorab-Benennung keine Vorteile, sondern nur mehr Prüfungsaufwand.



Turm vom Roten Rathaus, Berlin

6. Fazit

Sowohl öffentliche Auftraggeber als auch Unternehmen können vom Erwerb gebrauchter Lizenzen erheblich profitieren. Sie leisten damit zugleich nicht nur einen Beitrag gegen protektionistische Strukturen marktbeherrschender Software-Hersteller, sondern investieren mittelbar zurück in Marktteilnehmer, wie sie selbst es sind.

Klar muss immer sein, dass auch sehr große Software-Hersteller von unserer Rechtsordnung besonders geschützt werden müssen, weil ihren Werken ein hoher Wert zukommt und gerade aufgrund des digitalen Charakters Rechtsverletzungen leichtfallen können. Gleichwohl geht es im Rahmen des Handels von gebrauchter Software nicht wirklich bzw. nicht im Wesentlichen um Produktpiraterie, zu der es keine zwei Meinungen geben kann.

Die Rechtsordnung kommt, auch außerhalb des hier skizzierten Rahmens, digitalen Sachverhalten nur begrenzt konsistent nach. Im Bereich der gebrauchten Software hat die Rechtsprechung die digitale Kopie der verkörperten ohne Einschränkungen gleichgestellt.

Gleichwohl ist die privatwirtschaftliche Praxis der „Gebraucht-Software-Händler“ bis heute gezwungen, sich mit Kunden über Urteile, Gesetze und Nachweise auseinanderzusetzen, besondere Zusicherungen zu machen und ggf. zusätzliche Kosten für Notare, Wirtschaftsprüfer oder Sachverständige aufzuwenden. Im Vergleich mit anderen Handelsgütern erscheint dies kaum fair und auch nach vielen Jahren seit der Entscheidung des EuGH auch

nicht rechtlich in dem Maße gerechtfertigt. Vielmehr reduziert dies durch den Aufwand des Händlers für den Endkunden letztlich das Einsparpotential und lähmt die Entwicklung des Marktes.

Dabei ist dieser Markt in vielen Bereichen ohnehin zeitlich begrenzt, da die Hersteller schon lange auf Lizenzmodelle umgestellt haben, die (zugunsten einer Flexibilität) den Kunden den Vorteil eines dauerhaften Rechts verwehren und sich damit dem gesetzlichen Schutzkonzept im Rahmen der Erschöpfung entziehen.

Insgesamt – und am Ende entscheidend – hat es sich gezeigt, dass der EuGH abermals ganz grundsätzlich und eigentlich selbstverständliche Antworten auf wichtige Rechtsfragen gefunden hat. Die Diskussion um gerichtliche Beweise und antizipierte Nachweise geht demnach fehl. Diese „gefühlte Rechtsunsicherheit“ darf und kann aber nicht die Grundlage für Entscheidungen sein, sondern allein die höchstrichterlich geklärten Rechtsfragen der Vergangenheit.

Schließlich darf die Diskussion um Beweise und Prozesse nicht davon ablenken, dass seriöse Gebrauchthändler keinen Zweifel daran erkennen lassen, dass Verlass auf sie ist, indem sie ihren Kunden kategorisch die Rechtmäßigkeit garantieren und sie von Ansprüchen der Hersteller freistellen.

Unter Umständen trägt dieses Dokument zur Aufklärung ein Stück bei und weckt die Bereitschaft, von unseren europäischen Freiheiten auch in Bezug auf Software profitieren zu wollen.

7. Checkliste

- ❑ Bestimmung des Bedarfs (Vergabegegenstand)?
Welche Nutzungsrechte welches Software-Produkts werden aktuell tatsächlich benötigt?
- ❑ Wie passt dieser Bedarf in die zukünftige IT-Strategie?
Welche Software-Stände sind perspektivisch im Einsatz bis zur „Abschreibung“ des Erwerbs?
- ❑ Welches Vergabeverfahren ist geboten (europaweit oder national)?
Greifen Ausnahmetatbestände vom offenen/öffentlichen Verfahren?
Welche Vorteile können sich jeweils ergeben?
- ❑ Ausschreibung vorbereiten? Vorsorgen, dass gebrauchte Software nicht ausgeschlossen wird.
- ❑ Ausschreibung ausgestalten! Positiv die Maßgaben, unter denen gebrauchte Software berücksichtigt wird, benennen.
- ❑ Ausschreibung absichern! Abgabe einer Freistellungserklärung o. Ä. oder Übergabe der Originaldokumente/Erklärungen verlangen.
- ❑ Bei Ratschlägen zur Anpassung von Herstellern, Händlern und Dritten Vorsicht walten lassen und auf Eigeninteresse hin validieren. Im Zweifel (Rechts-)Rat einholen und Risiken abwägen.

8. Über den Autor

Dr. Daniel Taraz ist Rechtsanwalt und Geschäftsführer der JENTZSCH IT Rechtsanwalts-gesellschaft mbH.

JENTZSCH IT ist eine bundesweit tätige rechtliche Technologieberatung für Unternehmen und berät zu allen Aspekten der Digitalisierung, insbesondere im Zusammenhang mit Softwarelizenzen, Datentransfers und IT-Projekten in komplexen Infrastrukturen. JENTZSCH IT wurde von der Rechtsanwältin und Fachanwältin für IT-Recht Dr. Jana Jentzsch 2009 gegründet und hat ihren Sitz in den Alsterarkaden gegenüber dem Hamburger Rathausmarkt.



Dr. Daniel Taraz ist hochspezialisiert im IT-Recht tätig und setzt einen besonderen Schwerpunkt im Softwarelizenzrecht einschließlich der besonderen Einbeziehung des IT-Vergaberechts.

JENTZSCH IT versteht sich als zeitgerechter Lieferant von den besten rechtlichen Lösungen zu den gegebenen Bedingungen, stets unter besonderer Berücksichtigung der technischen Funktionsweise und der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen. Im Rahmen eines Mandats werden die technischen Grundlagen der involvierten Software und Systemarchitektur genau betrachtet und durch vertiefte Kenntnisse auch verstanden, denn nur auf dieser Basis können in der Regel die richtigen rechtlichen Rückschlüsse gezogen werden.

JENTZSCH IT Rechtsanwalts-gesellschaft mbH
GF: Dr. Jana Jentzsch, Dr. Daniel Taraz
Alsterarkaden 13 | 20354 Hamburg
Tel: 040 - 22 86 83 86 - 0 | Fax: 040 - 22 86 83 86 - 9
www.jentzsch-it.de | mail@jentzsch-it.de
Registergericht: AG Hamburg | Registernummer: HRB 138560

Partnerland 2018:
Norwegen 

DIGITALER STAAT
20.–21. MÄRZ 2018
KOSMOS, Berlin

Bereits zum 21. Mal wird der Digitalisierungskongress in Berlin stattfinden. In diesem Jahr zog der Kongress rund um die Digitalisierung der öffentlichen Verwaltung über 700 Teilnehmer in die Hauptstadt.

Mit dem digitalisierten Partnerland Norwegen wird der Kongress zudem internationale Lösungen im Hinblick auf die öffentliche Verwaltung aufzeigen. Impulse werden durch die neue Legislaturperiode und die Digitale Agenda 2017-2021 gesetzt.

Zum neuen März-Termin wird der „Digitale Staat“ auch den Veranstaltungsort wechseln. Erstmals findet der Kongress im ehemaligen Premierenkino KOSMOS in Berlin statt. Hierdurch wird die Präsentation und Diskussion der Inhalte in einem neuen Licht erscheinen. Vorhang auf!

// THEMENKANÄLE

E-Government
Digitale Verwaltung

Digitaler
Datenschutz

Arbeit und
Personal 4.0

www.digitalerstaat.org

www.facebook.com/digitalerstaat
twitter #digistaat

Themenpartner:



Foto: Q.Alexyndr, www.fotolia.com

Praxisseminare

IT und Datenschutz in Behörden

Behörden Spiegel

Aus der Praxis für die Praxis
Kompetenz für Fach- und Führungskräfte

**Dienstleistungszentren:
Rezept zum Neubau der Verwaltung?!**
18.01.2018, Berlin

Die E-Rechnung kommt
25.01.2018, Berlin

**Elektronische Rechnungen und
Rechnungsworkflow in Behörden**
20.02.2018, Bonn

IT-Sicherheitsrecht für Behörden
27.02.2018, Berlin

**E-Akte: Akzeptanzerhöhung und
erfolgreiches Umsetzungsmanagement**
15.03.2018, Berlin

**Rechtliche Steuerung von IT-Projekten
für öffentliche Auftraggeber**
18. - 19.04.2018, Köln

**Vergabeverfahren und Vertragsgestaltung in
agilen IT-Projekten der öffentlichen Hand**
24.04.2018, München

IT-Sicherheit in der Verwaltungspraxis
02. - 03.05.2018, Berlin

**Social Media und
öffentliche Verwaltung**
07. - 08.05.2018, Bonn

**Erfolgreiche Ausschreibung
von Lizenzmanagement-Tools**
08.05.2018, Berlin

**Ausschreibungen von IT –
praxisorientiert und rechtssicher**
15.05.2018, Berlin

**IT-Management in der öffentlichen
Verwaltung**
06. - 07.06.2018, Berlin

Maßnahmen, die verschiedenen Grundgedanken
des freien Handels sowie Leitideen der
europäischen Grundfreiheiten widersprechen,
stehen daher zu Recht immer wieder auf dem Prüfstand
der höchstrichterlichen Instanz des EuGH.

Viele empfindliche Geldbußen der EU-Kommission
gegen marktbeherrschende Unternehmen u. Ä. zeigen zudem,
wie konsequent die Grundgedanken verteidigt werden,
und ermutigen damit Verbraucher, Behörden
und Unternehmen gleichsam, ihre Rechte einzufordern.

Unter Umständen trägt dieses Dokument zur Aufklärung
ein Stück bei und weckt die Bereitschaft,
von unseren europäischen Freiheiten auch in Bezug
auf Software profitieren zu wollen.