



Ein Praxishandbuch des
Behörden Spiegel

Grundsätze der Beschaffung gebrauchter Software-Lizenzen

durch öffentliche Auftraggeber

AUSGANGSLAGE

PROBLEMSTELLUNG

RECHTSPRECHUNG UND
VERGABERECHTLICHE PRAXIS

PRAXISTIPPS,
HANDLUNGSANLEITUNGEN
UND CHECKLISTE

2. Auflage 2021

Europäischer Gerichtshof
in Luxemburg

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@behoerdenspiegel.de

Internet: www.behoerdenspiegel.de

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

Geschäftsführerin: Helga Woll

Layout: NeueWelten Design für Akima Media GmbH

Druck: Druckerei Polyprint GmbH, Berlin

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.

2. erweiterte Auflage 2021 – V2.1

ISBN: 978-3-934401-57-0

”

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.

Inhaltsverzeichnis

*	Vorwort	7	3	Rechtliche Ausgestaltung der EuGH-Grundsatz- entscheidung.....	18
1	Einleitung und Maßstab	10	3.1	Anwendung der EuGH- Entscheidung durch den deutschen Bundesgerichtshof (BGH).....	18
2	Zusammenfassung von Grundlagen	11	3.2	Bedeutung von Lizenzkeys und Datenträgern.....	19
2.1	Grundverständnis	11	3.3	Bestimmungsgemäße Nutzung und Kenntnis der Lizenzbestimmungen.....	20
2.2	Ausgangsfrage	12	3.4	Möglichkeiten der Nachweisführung	21
2.3	Der Erschöpfungsgrundsatz als Basis der Problemstellung	13	3.5	Ursachenforschung „Offenlegung“	25
2.4	Grundsatzentscheidung des Europäischen Gerichtshofs.....	14	3.6	Irrglauben Gutgläubiger Erwerb vs. Offenlegung der Rechtekette	27
2.5	Klärung der wichtigsten Fragestellungen	16	3.6.1	Rechtliche Grundlagen und Einordnung.....	27
			3.6.2	Bedeutung für den Markt der „gebrauchter“ Software-Lizenzen..	27
			3.7	Vergaberechtliche Maßgaben.....	29

4

Vergaberechtliche Grundlagen unter Berücksichtigung von EuGH und BGH..... 32

- 4.1 Die Rolle der Software-Hersteller – vor, während und nach der Beschaffung..... 32
- 4.2 Gebrauchte Lizenzen müssen berücksichtigt werden 33
- 4.3 Bedarfsgerechte Software-Beschaffung unter Berücksichtigung von Haushaltsvorgaben 36

- 5.4 Vorschläge von Eignungs- und Zuschlagskriterien sowie deren Nachweise 43
 - 5.4.1 Vorgaben des EuGH..... 44
 - 5.4.2 Bestimmungsgemäße Nutzung aufgrund Lizenzbestimmungen 45
 - 5.4.3 Voreigentümer und Rechtekette .. 46
 - 5.4.4 Gewährleistung und Haftungsfreistellung..... 47
 - 5.4.5 Zeitpunkt der Nachweise..... 50

5

Die Beschaffung gebrauchter Software-Lizenzen in der Praxis 37

- 5.1 Darstellung der Grundzüge 37
- 5.2 Beschränkung des Vergabeverfahrens..... 39
- 5.3 Leistungsgegenstand, Leistungsbeschreibung und Losaufteilung 40
 - 5.3.1 Leistungsgegenstand, Leistungsbeschreibung..... 40
 - 5.3.2 Besonderheit Software Assurance 41
 - 5.3.3 Aufteilung in Lose42

6

Fazit..... 52

7

Checkliste 54

8

Über den Autor 55

”

Gleichwohl bietet gebrauchte Software die Chance, Freiräume gegenüber häufig dominant auftretenden Herstellern auszuschöpfen und gleichzeitig wichtige Beiträge zu strategischen Zielsetzungen digitaler Souveränität und kreislaufwirtschaftlichem Handeln zu leisten.

Dabei hilft der Leitfaden, indem die Flut an Argumenten bewältigt und bei der konkreten Ausgestaltung geholfen wird.



Vorwort



Prof. Dr. Michael Eßig

Chancen erkennen und Freiräume nutzen!

Die öffentliche Beschaffung in Europa, wie z.B. in Deutschland, Österreich und der Schweiz, hat sich in den letzten Jahren vom reinen Verwaltungsakt „Vergabe“ zu einer strategischen Funktion an der Schnittstelle zwischen Staat und privaten Akteuren weiterentwickelt. Ihr kommt in mehrfacher Hinsicht große Bedeutung zu: Zum einen über die Höhe des Beschaffungsvolumens, was beispielsweise in Deutschland nach seriösen Schätzungen mit 350 Mrd. € bei mindestens 15 % des Bruttoinlandsprodukts liegt. Zum zweiten über den Beitrag, den die Beschaffung zur Erreichung der strategischen Ziele staatlichen Handelns leisten kann.

Grundsätzlich gilt, dass öffentliche Beschaffung von einem fairen, transparenten und insbesondere wettbewerblich geprägten Handeln geleitet sein soll. Die Digitalisierung stellt uns hier vor völlig neue Herausforderungen. Eine Studie der Unternehmensberatung PwC strategy& für das deutsche Bundesministerium des Inneren, für Bau und Heimat aus dem Jahr 2019 ergibt, dass die zunehmende Abhängigkeit von wenigen Softwareanbietern die digitale Souveränität der Bundesverwaltung erheblich gefährdet. Dieses strukturelle Problem wird auch in der

Schweiz beispielsweise in der Forschungsstelle Digitale Nachhaltigkeit am Institut für Informatik der Universität Bern intensiv diskutiert. Dort wird die digitale Nachhaltigkeit gerade auch auf den Aspekt des gesellschaftlichen Nutzens und ihrer Zugänglichkeit für alle untersucht – mit dem Ergebnis, dass gerade proprietäre Lösungen als problematisch angesehen werden. Statt dessen wird für Crowd-Sourced-Digital-Initiativen plädiert, welche sowohl einen hohen gesellschaftlichen Nutzen darstellen als auch gleichzeitig Innovationen aus der Privatwirtschaft ermöglichen.

Vor diesem Hintergrund ist der vorliegende Leitfaden ein großer Gewinn. Es wird am Fall der gebrauchten Software nicht nur aufgezeigt, dass gesetzliche Rechte sehr wohl auch gegenüber US-Softwaregiganten erfolgreich durchgesetzt werden können, sondern es sich betriebs- und volkswirtschaftlich lohnt, Freiheiten zu schützen und hierfür einzutreten. Gleichzeitig wird im Zuge dessen auch noch eine praktische Hilfe in der Beschaffung geboten.

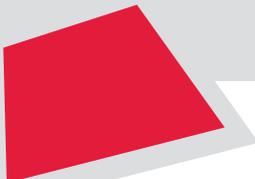
Neben dem strategischen Ziel einer Intensivierung des Wettbewerbs ist die öffentliche Beschaffung auch gefordert, einen besonderen Beitrag zur Erreichung des Ziels der Nachhaltigkeit zu leisten - welche im neuen Beschaffungsrecht der Schweiz nunmehr integraler Bestandteil ist. Auch hier kann gebrauchte Software einen wichtigen Beitrag leisten. Im Gesetz zur Förderung der Kreislaufwirtschaft spricht der Gesetzgeber von dem Primat der „hochwertigen Verwertung“ (§ 8 Abs. 1 KrWG) – und eine höherwertige Verwertung als die Wiederverwendung noch voll funktionsfähiger Produkte ist kaum vorstellbar. Digitale Produkte wie Software werden häufig als „virtuell“ wahrgenommen, deren Erzeugung vermeintlich keine Ressourcen benötigt – das Gegenteil ist der Fall. Schon 2013 hat das Umweltbundesamt u. a. eine Studie zum Thema „Grüne Software“ in Auftrag gegeben und nachgewiesen, dass erhebliche stoffliche Ressourcen mit digitalen Gütern verbunden sein können. Folglich wird auch in Österreich „Green IT“ gerade durch die optimierte Verbindung von Nachhaltigkeit und Digitalisierung vorangetrieben.

Der Leitfaden adressiert daher wichtige strategische Themen des staatlichen Sektors in Europa im Allgemeinen und der öffentlichen Beschaffung im Besonderen. Ohne das Thema gebrauchter Software überhöhen zu wollen, zeigt sich doch an diesem Produkt die Schnittstelle zwischen der politischen Dimension staatlichen Agierens und konkretem Handeln in öffentlichen Organisationen besonders deutlich.

Es wäre auch nicht sachgerecht, dem/der einzelnen Beschaffer/in zu große Verantwortung auferlegen zu wollen. Gleichwohl bietet gebrauchte Software die Chance, Freiräume gegenüber häufig dominant auftretenden Herstellern auszuschöpfen und gleichzeitig wichtige Beiträge zu strategischen Zielsetzungen digitaler Souveränität und kreislaufwirtschaftlichem Handeln zu leisten. Dabei hilft der Leitfaden, indem die Flut an Argumenten bewältigt und bei der konkreten Ausgestaltung geholfen wird.

Das vorliegende Papier ist daher ein wertvoller Beitrag zu den allzu dringlichen Fragen dieses Zeitalters. Er ruft gerade die staatlichen Akteure auf, die verbliebenen Spielräume auch zu nutzen und hiervon wirtschaftlich in seltenem Maße zu profitieren. Es geht aber um noch viel mehr, was angegangen werden sollte, um den Staat und seine Bürger auf das digitale Zeitalter auszurichten und aktiv mit zu gestalten.

Ihr
Prof. Dr. Michael Eßig



Prof. Dr. Michael Eßig

- **Inhaber der Professur für Allgemeine Betriebswirtschaftslehre**, insbes. Beschaffung und Supply Management an der Universität der Bundeswehr München
- Lehraufträge an der **Universität St. Gallen** und der **Wirtschaftsuniversität Wien**
- Mitglied des Wissenschaftlichen Beirats des **Forum Vergabe** e.V.,
- Mitglied des **Bundesvorstands** des Bundesverbandes Materialwirtschaft, **Einkauf** und Logistik e.V. (BME)
- uvm.

1

Einleitung 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 erkannt hat bzw. erkennen will, dem soll hiermit eine Unterstützung geboten werden.¹

Gleichzeitig sollen Halbwahrheiten ausgeräumt bzw. Scheinargumente zurückgewiesen werden.



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 Kauf-lizenzen zu verhindern, erfolglos.

2 Zusammenfassung von Grundlagen

2.1 Grundverständnis

Bei dem Thema Gebrauch-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 – wie Software im deutschen Urheberrecht bezeichnet ist – dieses aber im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) 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 insoweit ausgeschlossen sein.

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

Ein Handel unter Einbeziehung der Hersteller würde sich daher aufgrund der gegenläufigen Interessen und damit verbundener Hemmnisse wahrscheinlich nicht nur kontraproduktiv und marktbeschränkend auswirken, sondern wurde konsequenterweise deswegen rechtlich auch für entbehrlich erachtet. Dem entsprechend wird bei sonstigen

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.

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 fraglich.

Teilweise wird versucht, auch reine Kauflizenzen durch zusätzliche Erweiterungen der Nutzungsrechte, die lediglich im Rahmen von laufenden Serviceverträgen 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.

vgl. Beispiel:
Software Assurance,
siehe Kapitel 5.3.2 ►

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 hat**, 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.

Käufer einer Software ist „Eigentümer“ und kann entsprechend über sein „Eigentum“ frei verfügen.

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.

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).

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

5 Im Gesetz „Vervielfältigungsstück“ genannt.

Zunächst liegt das Verbreitungsrecht beim Hersteller als Rechtsinhaber. Die Einräumung dieses Rechts soll gewährleisten, dass der Rechtsinhaber durch den Verkauf seines Produktes eine angemessene Gegenleistung für seine Werkschöpfung erhält. Wurde dieses Recht allerdings einmal ausgeübt, hat es sich erschöpft.⁶

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 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 (vgl. hierzu KG Zug, Verfügung vom 4. Mai 2011 – ES 2010 822).



Bundesgerichtshof, Lausanne Schweiz

2.4 Grundsatzentscheidung des Europäischen Gerichtshofs

Seit diesem Urteil des BGH 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 Verfahren⁹ 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. UrhG¹⁰ befasste sich dadurch auch der EuGH mit gebrauchten Software-Lizenzen.

Jede einzelne Lizenz eines Volumenlizenzvertrages unterliegt Erschöpfung.

Erschöpfungsgrundsatz



Art L122-6 Code de la propriété intellectuelle



Art. 99 Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual



§ 40c Urheberrechtsgesetz

⁶ Mit Ausnahme des Vermietrechts.

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

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

⁹ BGH, Beschluss vom 3.2.2011 – I ZR 129/08.

¹⁰ Diese basierten auf einer EU-Richtlinie (Richtlinie 2009/24/EG), welche insbesondere die Frage der sog. Erschöpfung des Verbreitungsrechts des Software-Herstellers regelt.

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.¹¹

Am 3. Juli 2012 traf der EuGH¹² daraufhin eine Grundsatzentscheidung für den Weiterverkauf von Computerprogrammen:



Grundsatzentscheidung

§§§

- Ein **Softwarehersteller** kann sich dem **Weiterverkauf** seiner „gebrauchten“ Lizenzen, die die Nutzung seiner aus dem Internet heruntergeladenen Programme ermöglichen, **nicht widersetzen**.¹³
- Das **Herunterladen** einer Kopie eines Computerprogramms und der Abschluss eines **Lizenzvertrags** über die Nutzung dieser Kopie bilden ein **unteilbares Ganzes**, wodurch das **Eigentum** an der Kopie bilden des betreffenden Computerprogramms übertragen wird.¹⁴
- Außerdem erstreckt sich die Erschöpfung des Verbreitungsrechts auf die Programmkopie in der vom Urheberrechtsinhaber **verbesserten und aktualisierten Fassung**.¹⁵

Tipp. Weitere Informationen und Checkliste siehe Kapitel 7 ►

¹¹ Bzw. an dessen „Programmkopie“ (im unionsrechtlichen Sinn).

¹² EuGH, Urteil vom 3.7.2012 – C-128/11.

¹³ Überschrift EuGH-PRESSEMITTEILUNG Nr. 94/12 zu EuGH, Urteil vom 3.7.2012 – C-128/11; 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.

¹⁴ Vgl. EuGH, Urteil vom 3.7.2012 – C-128/11, Rz. 44, 46.

¹⁵ Entsprechend dem Stand der vom Hersteller aufgrund von vertraglichen Abreden gepflegten Software im Zeitpunkt der Weiterveräußerung; EuGH, Urteil vom 3.7.2012 – C-128/11.

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.¹⁶

Unerwähnt ließ demgegenüber der EuGH, dass der Nacherwerber bestimmte Nachweise oder Ähnliches über Unbrauchbarmachung oder sonstige Umstände des Erwerbs gegenüber dem Hersteller erbringen müsste.¹⁷ Genau genommen dürfte der EuGH das Unbrauchbarmachen gar nicht für das Eintreten der Erschöpfung vorausgesetzt haben.¹⁸

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.¹⁹ Die Hersteller hatten insoweit teilweise argumentiert, dass dies weiterhin unzulässig sei. Der BGH²⁰ bestätigte aber im Wesentlichen die Aussagen der Vorinstanz²¹ 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.²²

Volumenlizenzen können jeweils eigenständig übertragen werden.

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

17 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 insoweit 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).

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

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

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

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

22 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.

Sonderrabattprogramme
spielen keine Rolle für
die Veräußerbarkeit.

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.²³

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.²⁴

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.²⁵ 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.



Bundesgerichtshof, Karlsruhe

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

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

25 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

Der BGH nahm im Ausgangsverfahren 2013 die Entscheidung des EuGH auf und wandte diese auf Basis der deutschen Regelungen²⁶ an. Demzufolge tritt die Erschöpfung nach Ansicht des Gerichts im Sinne des deutschen Urheberrechts²⁷ an Standardsoftware unter den nachfolgenden Voraussetzungen kraft Gesetzes ein, damit sich ein Erwerber der Software hierauf berufen könne:



EuGH-Entscheidung in Anwendung

- 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.

26 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“).

27 Gemäß § 69 c Nr. 3 UrhG.

Einer Zustimmung
des Herstellers bedarf
es nicht.

Einer Zustimmung des Software-Herstellers bedarf es demzufolge 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 Recht²⁸ zu dessen bestimmungsgemäßer Benutzung nicht durch vertragliche Bestimmungen ausgeschlossen werden.

Was die bestimmungsgemäße Nutzung des Computerprogramms ist, ergibt sich insbesondere aus dem zwischen dem Urheberrechtsinhaber und dem Ersterwerber vereinbarten Lizenzbestimmungen.

3.2 Bedeutung von Lizenzkeys und Datenträgern

In zwei weiteren höchstrichterlichen Entscheidungen ging es abermals um gebrauchte Software. Der BGH²⁹ hat sich zunächst mit der Frage der Lizenzkeys befasst. Während diese – auch nach Ansicht des Software-Herstellers – keinen Berechtigungsnachweis, sondern lediglich eine technische Hürde überwinden sollen, 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 München³⁰ 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 EuGH³¹ nochmals mit der Thematik Gebraucht-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.

28 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“).

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

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

31 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 BGH³² betonte nochmals, dass die bestimmungsgemäße Nutzung des Computerprogramms sich wiederum aus dem zwischen dem Urheberrechtshaber 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 Oberlandesgericht³³ heraus, dass ein Verbraucher³⁴ 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.³⁵

▷ Bezug zu Kapitel 3.7 –
Gesetzliche
Begründung des
Nutzungsrechts

Eine vollständige
Offenlegung
der Lizenzkette wird
nicht gefordert.



Justizpalast in Wien, Österreich

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

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

34 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.

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

Zum Verständnis sei insoweit noch darauf hingewiesen, dass sich die Gebrauchtlizenzen bzw. deren Nutzungsrecht sogar bereits kraft Gesetzes (infolge der Erschöpfung) als Recht zur bestimmungsgemäßen Benutzung ergeben.

Der Lizenzvertrag mit dem Hersteller geht also gerade nicht auf den Nacherwerber über, wodurch sich eine Entlastung von bestimmten Verpflichtungen ergeben könnte.³⁶

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 (Mängelrechte³⁷), u. a. auf Nacherfüllung und ggf. Schadensersatz.

▷ Bezug zu Kapitel 5.4.4
Gewährleistung und
Haftungsfreistellung

Der teilweise erteilte Rat von Herstellern und einigen Händlern an Kunden von gebrauchter Software, weitergehende Nachweise zu verlangen, bringt infolge dieser primären gesetzlichen Verpflichtung des Verkäufers eine gewisse Skepsis zum Ausdruck, die etwa die Vergabekammer Westfalen³⁸ 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.³⁹

Fragen der Darlegungs-
und Beweislast stellen
sich (nur) in gerichtlichen
Prozessen.

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.

³⁶ Denkbar wäre das etwa in Bezug auf ein vertraglich vereinbartes Audit-Recht des Herstellers.

³⁷ Vgl. § 437 BGB.

³⁸ 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.

³⁹ BGH, Urteil vom 17.7.2013, I ZR 129/08 („UsedSoft II“).

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



Einordnung Nachweise und Beweise

- 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.⁴⁰
- Eine solche gerichtliche Beweissituation auf die Phase des (außergerichtlichen) **Verkaufs von Software vorverlegen zu wollen, ist hingegen weder möglich noch sinnvoll.**

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.

⁴⁰ 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.

Aufgrund seiner besonderen Berufspflichten sowie des Schwerpunktes im Prüfwesen erscheint ein Wirtschaftsprüfer gleichwohl als sowohl geeignet wie 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.**

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

Gleichwohl werden Nacherwerber gelegentlich von den Herstellern etwa nach den Vertragsnummern und Ersterwerbbernamen gefragt, um die Erwerbsquelle nachvollziehen zu können. Teilweise befürchten Händler infolge dieser „Offenlegung“ von Dokumenten und Informationen, durch Einflussnahme der Hersteller keine weiteren Lizenzen beschaffen zu können und/oder eine Erschwerung des Handels insgesamt. Es besteht daher ein Bedürfnis, diese Informationen zu schützen und negative Effekte zu vermeiden.

Dass die Hersteller tatsächlich den Gebraucht-Markt genau im Blick haben und das Angebot begrenzen wollen, hat sich im vergangenen Jahr etwa durch Anpassungen der Regelungen von Microsoft im Zusammenhang mit „von SA“ anschaulich gezeigt, welche erst nach Kritik und Ablauf von über einem Jahr rückgängig gemacht worden sind

Die Verkäufer von Lizenzen (Behörden wie Unternehmen), verlangen hingegen oftmals im Rahmen der Verkaufsverhandlungen vom Händler sogenannte NDA bzw. Vertraulichkeitsvereinbarungen. Händler sind in solchen Fällen vertraglich verpflichtet, die Daten der Ersterwerber zu schützen und eine unkontrollierte Verbreitung nicht verpflichtender Informationen zu verhindern.



Die Vergabekammer Westfalen⁴¹ sieht umgekehrt auch 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.

⁴¹ Vergabekammer Westfalen, Beschluss vom 1.3.2016 – VK 1 – 02/16.

Hingegen ist zu beachten, dass verschiedentlich angeforderte Dokumente zum (vermeintlichen Nachweis) aufgrund der zuvor ausgeführten Beweismittel gerichtlich dagegen gar nicht zum Zwecke eines Beweises geeignet sein dürften und deren inhaltliche Ausgestaltung zudem auch gar nicht geklärt ist. Denn was inhaltlich z.B. im Hinblick auf die Unbrauchbarmachung von wem, wie (in welcher Form) erklärt werden muss, ist höchstrichterlich nicht festgelegt. Im Falle von Unternehmen stellt sich in Bezug auf Erklärungen schon die Frage, wer die Löschung sämtlicher Installationen / Kopien überhaupt (wahrheitsgemäß und rechtsverbindlich) erklären kann.

Weiterhin ist nicht zu verschweigen, dass das etwaige Verlangen der Vergabestelle einer 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.



Nach alldem fragt es sich daher, wie sich die Praxis teilweise auf die überobligatorische Offenlegungs-Bereitschaft kapriziert hat bzw. woher diese Bereitschaft kommt

Schließlich geht auch das gelegentlich ins Feld geführte Argument, das kein gutgläubiger Erwerb gebrauchter Software möglich sei, am Thema vorbei. Denn gleiches gilt genauso im Fall, dass der Kunde Dokumente ausgehändigt erhält. Der einzige wesentliche Unterschied ist, dass der Kunde nur dann zur sorgfältigen Prüfung zur Vermeidung einer Haftung verpflichtet ist bzw. unter Umständen umso schlimmer sich in ggf. falscher Sicherheit wiegt.

Tipp.
Mehr Infos unter
Kapitel 3.5 ►

Tipp.
Mehr Infos unter
Kapitel 3.6 ►

3.5 Ursachenforschung „Offenlegung“

◀ Bezug zurück auf Kapitel 3.4 Möglichkeiten der Nachweisführung

Warum wird dann dennoch die „Offenlegung der Rechtekette“ teilweise befürwortet bzw. angeboten?

Nach den wegweisenden, aber typischerweise abstrakten Entscheidungen der Gerichte, verblieb die praktische Ausgestaltung bei den mehr oder weniger jungen Händlern solcher (gebrauchten) Software. Während sich die an den Verfahren beteiligte Händlerin mit Unterstützung namhafter Unternehmen im jahrelangen Kampf gegen die größten Softwarehersteller der Welt, die über nahezu unbegrenzte wirtschaftliche Mittel verfügen, dem rechtlichen Grundgedanken nach behaupten konnte, traten sodann einige Händler auf, die sowohl die Offenlegung als auch die Einbeziehung der Hersteller anstrebten.

Das Streben nach Herstellerfreundlichkeit.

Sie wollten also die Vorteile des freien Handels mit gebrauchten Softwarelizenzen und damit ein Stück Rechtsgeschichte zwar für sich beanspruchen, nicht jedoch das Risiko einer Missstimmung des Herstellers riskieren oder aber suchten dessen (vermeintlichen) Schutz. Zur Erlangung dieses vermeintlichen „USP“ gegenüber dem Streitführer usedSoft wurde somit eine Diskussion entfacht, an deren Ausgangspunkt bzw. Motiv heute niemand erinnert.

Dabei haben nach Kenntnisstand des Autors nicht einmal die Hersteller zu irgendeiner Zeit eine Verpflichtung zur Offenlegung beim Weiterverkauf als rechtlich erforderlich (öffentlich) postuliert. Umso erstaunlicher ist es daher, dass das Thema Offenlegung von manchen Gebraucht-Händlern getrieben wird, wohingegen die hierdurch bevorteilten Hersteller längst zur Vermeidung gebrauchter Lizenzen auf alternative Miet-Lizenzmodelle umgestellt haben.

Dennoch wird **diese Diskussion um Offenlegung von den soeben erwähnten Händlern quasi-stellvertretend für den Hersteller geführt**. Dabei versteht es sich von selbst, dass bevorzugt wird, dass alle Erwerbsquellen und Dokumente jedem Nacherwerber offengelegt werden und dem Hersteller entweder sogar proaktiv der Verkauf angezeigt wird oder ihm im Fall eines **SAM-Projektes bzw. Audits** hierüber freimütig Kenntnis und gewissermaßen Kontrolle gewährt wird.

Wird diese Diskussion der Offenlegung dagegen vom **Grundgedanken des EuGH eines freien Handels** getragen, bestehen Vorbehalte und Zweifel daran, ob diesen Grundwerten und den Interessen des Kunden hiermit wahrlich eher gerecht wird.



Europäische Grundfreiheiten in Gefahr bei Offenlegung

- Das gilt zum einen aufgrund der nachfolgend aufgezeigten **Belastungen mit einer rechtlichen Verifizierung** und damit verbundenen Kosten und weiteren Hemmnissen; ein unkomplizierter praktikabler Handel sieht so zumindest nicht aus.
- Zum anderen bestehen **Zweifel** jedenfalls dann, wenn die Unterlagen spätestens **auf erste Nachfrage** des SAM-Partners des **Herstellers aus Angst vor einem Audit** oder Sorge vor einer Incompliance **vorgelegt** werden. Denn damit wird an den **Anfang der Rechtsprechung zurückgekehrt**, indem anstelle der rechtlich nicht erforderlichen Zustimmung des Herstellers (im Vorwege) **praktisch** eine **Genehmigung** (nachträglich) eingeholt wird.

Wenn aber der Hersteller seine Zustimmung zum Weiterverkauf nicht geben muss, warum soll er dann hierüber unterrichtet werden?

Die über die **Jahrzehnte gewachsene Monopolstellung der Hersteller und die damit verbundenen Abhängigkeiten** führen oftmals zu einer gewissen Unterwürfigkeit. Es wird eine Hoheit suggeriert, die es nicht geben sollte. Fakt ist: es gibt Händler von gebrauchter Software, die dies tun und andere, die es aus verschiedenen durchaus nachvollziehbaren Gründen ablehnen (und sich entsprechend den Verkäufern gegenüber verpflichten).⁴²

Unterwürfigkeit gegenüber Hersteller vs. Schutz der Vertraulichkeit und Freiheit.

3.6 Irrglauben Gutgläubiger Erwerb vs. Offenlegung der Rechtekette

Teilweise wird der Umstand des mangelnden Gutgläubigererwerbs für eine Offenlegung angeführt. Auch dieser juristische Sachverhalt ist kompliziert und wird mitunter falsch, verkürzt und/oder zumindest doch sehr

⁴² Insbesondere sind hier ganz grundsätzliche im Fall von US-Anbietern gebotene datenschutzrechtliche Bedenken aufgrund der jüngsten Rechtsprechung des EuGH (Urt. v. 16.07.2020 - C-311/18) zu nennen..

einseitig gegenüber potentiellen Käufern kommuniziert. Die Folgen einer Fehleinschätzung durch Käufer können aber gravierend sein.

3.6.1 Rechtliche Grundlagen und Einordnung

Fakt ist: Ein gutgläubiger Erwerb ist nur an (Sach-) Eigentum aufgrund eines damit verbundenen Rechtsscheins möglich. Ein gutgläubiger Erwerb von Softwarelizenzen scheidet (in Deutschland) nach überwiegender Ansicht aus, weil es sich rechtlich im Wesentlichen um urheberrechtliche **Nutzungsrechte** handelt.

Somit können (Nutzungs-) Rechte zumindest **nach deutschem Recht nicht** im guten Glauben erworben werden, sondern müssen wirksam durch den jeweiligen Inhaber abgetreten (übertragen) werden bzw. werden im Fall gebrauchter Software (nach dem BGH) gesetzlich durch die Weiterveräußerung wirksam begründet.

Der EuGH hat allerdings wie erwähnt sogar den (europäischen) **Eigentums**charakter beim Erwerb von Software herausgestellt.

3.6.2 Bedeutung für den Markt der „gebrauchter“ Software-Lizenzen

Aufgrund der deutschen Rechtslage wird daher gelegentlich angeführt, dass ein Erwerber gebrauchter Software, sich insbesondere die Softwarelizenzverträge und Erklärungen für die Rechtekette offenlegen lassen sollte, weil er sich hierauf z. B. gegenüber dem Software-Hersteller berufen kann. Was allerdings rechtlich auch nur im Falle eines – sehr unwahrscheinlichen⁴³ – gerichtlichen Verfahrens notwendig wäre, mit solchen Dokumenten kaum ausreichend wäre und außerhalb eines Prozesses die Rechtsprechung durch ein (praktisches) Genehmigungserfordernis an ihren Anfang zurückführen würde.

Zudem gehört zur Wahrheit genauso dazu, dass auch aus den genannten Dokumenten selbst kein rechtlich geschützter Rechtschein resultiert! Somit gibt es bei der Offenlegung von „nachweisenden Dokumenten“ genauso wenig einen gutgläubigen Erwerb. Im Übrigen sei erwähnt, dass keineswegs gewährleistet ist, dass Dokumente bei verschiedenen Kaufvorgängen nicht mehrfach verwendet werden.

◀ Bezug zurück auf Kapitel 3.4 Möglichkeiten der Nachweisführung

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



Nachteile durch Offenlegung

- Der Kunde ist in Bezug auf alle erhaltenden Dokumente nicht nur zum Erhalt eigener Mängelrechte
 - zur **genauen und umfangreichen Prüfung und ggf. Rüge** von Defiziten verpflichtet (§ 377 HGB – sog. Rügeobliegenheit für Kaufleute),
 - sondern bedeuten hier **Versäumnisse** einer Detailprüfung mit entsprechender rechtlicher Würdigung sogar die Auslösung eines **eigenen Verschuldensvorwurfs**.
- Außerdem bestehen **datenschutzrechtliche Bedenken** und es droht eine **Einflussnahme bzw. Kontrollmöglichkeit** des Herstellers über den freien Handel.

Die gebotene Sorgfalt verlangt also nach einer Prüfung der Erschöpfungsvoraussetzungen, was äußerst anspruchsvoll sein kann. Verschiedene Händler, SAM-Consultants, Wirtschaftsprüfer oder Rechtsanwälte können von Erfahrungen z. B. in Audits berichten, in denen zahlreiche Fragen in diesem Zusammenhang nur nach intensiver Prüfung und Bewertung zu beantworten waren. **Denn in der Sache geht es oftmals darum, eine langjährige Lizenzhistorie in komplexen Vertragswerken zurückzuverfolgen**, aber auch die **tatsächlichen** Umstände, über deren Einzelheiten gestritten werden kann, wie die Unbrauchbarmachung nachzuvollziehen und zu belegen.

Eine für den Erwerber auch nur mögliche Kenntnis von Defiziten kann für einen Verschuldensvorwurf sprechen. Sofern ein gesteigertes Verschulden dem Erwerber anzulasten ist, kann sogar eine urheberrechtliche Strafbarkeit die Folge sein.

Insofern kann das (für Deutschland) zutreffende **Argument Gutgläubiger Erwerb** sich sogar als **Falle bzw. Scheinargument** herausstellen, wenn damit die Last der aller möglichen Dokumente und die damit verbundene Verantwortlichkeit bis hin zur Haftung auf den Kunden abgewälzt werden soll. Rechtlich zulässig und aus Händlersicht (strategisch) im eigenen Interesse nachvollziehbar ist es. Eine Gutgläubigkeit gegenüber den erhaltenden Dokumenten bei deren Offenlegung gibt es im Übrigen hingegen ebenso wenig, so dass das Argument eines fehlenden Gutgläubenserwerbs hier gleichermaßen gilt.

Prüfungspflichten.
Ausbleibende Prüfung kann Verschulden begründen und Rechte abschneiden.

Viele Händler übernehmen hingegen die Verantwortung: Unter anderem aus den zuvor genannten Gründen übergeben diese Händler nicht sämtliche Dokumente, sondern informieren rechtskonform über das bestimmungsgemäße Benutzungsrecht (vgl. Kap. 3.3, 5.42). Zudem dürften sie jede einzelne Lizenz bis hin zu ihrem Ursprung zurücküberprüfen. Im Fall des Ankaufs verwahren sie alle Dokumente vorgangsbezogen, manipulationssicher und insolvenzfest sowie holen erforderlichenfalls renommierten, externen Sachverstand ein. Damit ist gerade auch eine mehrfache (missbräuchliche) Verwendung ausgeschlossen. Das tun die Händler mutmaßlich nicht nur im Interesse ihrer Kunden, sondern um für den Fall des Eintretens im Rahmen ihrer Freistellungserklärung mit allen Mitteln zum Zwecke des gerichtlichen Beweises gerüstet zu sein.

3.7. Vergaberechtliche Maßgaben

Vergaberechtlich dürfen als Beleg der erforderlichen technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit des Bewerbers nur die in § 46 Abs. 3 VgV genannten Unterlagen gefordert werden. Damit soll sichergestellt werden, dass der Auftrag in angemessener Qualität ausgeführt wird (§ 46 Abs. 1 VgV). Gegenstand des Auftrags ist hier der Erwerb der Lizenzen. Soweit im Vorwege des Zuschlags vergaberechtskonform besondere Erklärungen verlangt werden dürfen, handelt es sich **grundsätzlich um Eigen-erklärungen** des Anbieters (so auch § 35 Abs. 2 UVgO). Zwar steht der Behörde dabei wiederum grundsätzlich ein Beurteilungs- und Ermessensspielraum zu, dies gilt allerdings nicht im Hinblick auf Rechtsfragen.⁴⁴ 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 höchstrichterliche Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof⁴⁵ und des deutschen Bundesgerichtshofs⁴⁶ haben keinerlei formelle Anforderungen an die Person des Veräußernden bzw. an den Vorgang der Veräußerung gestellt.

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



Nachweis der Leistungsfähigkeit



Art. R2142-13 Code de la commande publique



Art. 86 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público



§§ 84f., 255 Bundesvergabegesetz 2018

Gesetzliche Begründung des Nutzungsrechts,
vgl. Kapitel 3.3.

⁴⁴ Vgl. OLG Düsseldorf, 21.2.2005, Verg. 91/04.

⁴⁵ EuGH, Urteil vom 3.7.2012, C-128/11.

⁴⁶ BGH, Urteil vom 17.7.2013, I ZR 129/08.

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 den Software-Hersteller durch Vorlage bestimmter Dokumente 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

Meilensteine der Gebrauchten Software

BGH,
Urteil **06.07.2000** –
I ZR 244/97 (OEM)

2000



LG Hamburg,
Urteil **29.06.2006** –
315 O 343/06

2006



EuGH,
Urteil **03.07.2012** –
C-128/11

2012



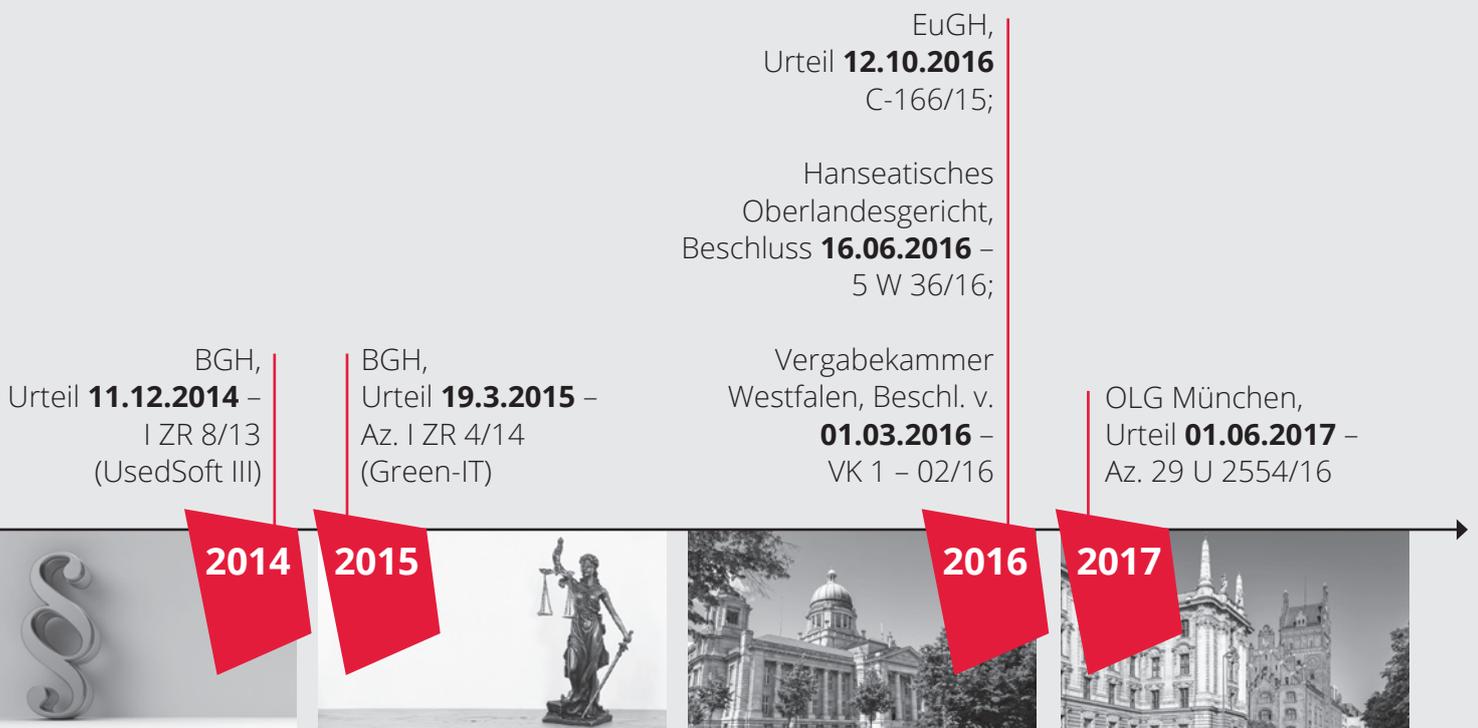
BGH,
Urteil **17.07.2013** –
I ZR 129/08
(UsedSoft II)

2013



Westfalen⁴⁷ herausgestellt hat – eine gerade auf diesen Fall zugeschnittene **Freistellungserklärung geeignet** zu sein, um dieser Last wirtschaftlich im Wesentlichen zu entgehen.

Umgekehrt die (gerichtliche) Beweislast des Käufers zur Begründung dafür 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.



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

4

Vergaberechtliche Grundlagen unter Berücksichtigung der höchstrichterlichen Rechtsprechung

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

Eine Einbindung eines privaten Unternehmens (eines Herstellers wie z. B. Microsoft) in ein öffentliches Ausschreibungsverfahren führt zu einem Verstoß gegen das vergaberechtliche **Gebot zur Vermeidung von Interessenkonflikten (§ 6 VgV)**.

Da ein Hersteller eine besondere Nähebeziehung zu bestimmten Händlern hat, hat dieser ein Eigeninteresse im Sinne des § 6 VgV, 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.

Vermeidung von Interessenkollisionen



Art. L2141-10 Code de la commande publique



Art. 64 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público



§ 26 Bundesvergabegesetz 2018

Hersteller-/Produkt-
abhängigkeit befördern
digitale Abhängigkeit
des Staates.

Daüber hinaus ist das Maß an Abhängigkeit mittlerweile so hoch, dass die Politik bereits alarmiert ist. Die produktneutrale Ausschreibung ist unterdessen in vielen Bereichen zur seltenen Ausnahme geworden. **Tatsächlich befinden wir uns inmitten eines Kampfes um die Vormachtstellung um Daten und in erschreckender Abhängigkeit von solcher Software bzw. Infrastruktur (z. B. AWS).** Das schließt freilich den Staat mit ein, der in seiner digitalen Souveränität bedroht ist – wie eine aktuelle Studie im Auftrag des Innenministeriums ergeben hat⁴⁸. Vereinzelt Versuche, auf OpenSource zu setzen, wirken anlässlich des Fortschreitens und der Geschwindigkeit der Digitalisierung und Technisierung nur begrenzt ermutigend. Immerhin scheinen die Initiativen zuzunehmen⁴⁹.

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 im Jahre 2008⁵⁰ kam die Vergabekammer bei der Bezirksregierung Düsseldorf in einem Beschluss 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.

48 https://www.cio.bund.de/SharedDocs/Publikationen/DE/Aktuelles/20190919_strategische_martkanalyse.pdf?__blob=publicationFile (abgerufen am: 26.03.2021)

49 Jan Philipp Albrecht, <https://ahrensburg-portal.de/landesregierung-will-microsoft-durch-open-source-software-ersetzen/>. (abgerufen am: 26.03.2021)

50 Vergabekammer Düsseldorf, Beschluss vom 23.5.2008 – Az. VK-7/2008-L. (abgerufen am: 26.03.2021)

Zuletzt hat nochmals die Vergabekammer Westfalen⁵¹ die Befürchtung, vom Hersteller der Software (hier Microsoft) bei der Verwendung von Gebrauchtlizenzen eines nichtautorisierten Händler auf Unterlassung oder Schadensersatz in Anspruch genommen zu werden, vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EuGH und BGH als unbegründet zurückgewiesen. Dies gelte insbesondere auch im Hinblick auf Volumenzulizenzen. Damit sei die „Rechtmäßigkeit des Gebrauchts-Software-Handels im Grundsatz“ bestätigt.



Die Vergabekammer Westfalen stellt 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 Linie⁵² fort, dass gebrauchten Lizenzen kein Anschein von Rechtswidrigkeit anhaftet.

Die Vergabekammer Westfalen hat überdies entschieden,⁵³ 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.

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

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

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



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.

Tipp. Vgl. Kapitel 5.3
Leistungsgegenstand,
Leistungsbeschreibung ►

Die Vergabekammer⁵⁴ 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 abzusichern und bestimmte Anforderungen den Händlern abzuverlangen. Eine solche Absicherung wäre im Lichte des BGH gerechtfertigt.

Tipp.
Weitere Infos unter
Kapitel 5.4.4 ►

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.⁵⁵

Die Sorge des Antragsgegners, im Fall einer Freistellung das Insolvenzrisiko des Bieters zu tragen, sei vor dem Hintergrund der klaren Rechtsprechung nicht nachvollziehbar, weil im Ergebnis das Risiko einer Inanspruchnahme durch Microsoft praktisch nicht bestehe.



Fazit

Eine kategorische Nichtberücksichtigung gebrauchter Software-Lizenzen ist nicht statthaft.

⁵⁴ Vergabekammer Westfalen, Beschluss vom 1.3.2016 – VK 1 – 02/16

⁵⁵ Vergabekammer Westfalen, Beschluss vom 1.3.2016 – VK 1 – 02/16; vgl. Abschnitt 5.4.4 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 „Downgraderecht“ 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.

Siehe dazu auch
Kapitel 5.3.2
Software Assurance ►

5

Die Beschaffung gebrauchter 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 gebrauchter Lizenzen befände sich **inmitten eines Gerichtsprozesses** und muss Beweismittel benennen.
- Wie zuletzt die Vergabekammer Westfalen⁵⁶ nochmals betont hat, ist dies **falsch**.
- Ein besonderes Risiko, vom Hersteller in Anspruch genommen zu werden, besteht nicht. Auch die **Praxis zeigt** (nach Kenntnisstand des Autors), dass **Prozesse** gegen Erwerber von gebrauchter 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 **verfehlt**, 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.

⁵⁶ Vergabekammer Westfalen, Beschluss vom 1.3.2016 – VK 1 – 02/16.

Indem die Art und Weise, wie Lizenzen übertragen werden sollen⁵⁷, 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.

Angebracht erscheint insoweit, offen für die verschiedenen Angebote zu sein.⁵⁸ 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.⁵⁹

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 weitergehende Hürden auch versagt. Eine solche Absicherung kann z. B. mit einer Freistellung von Ansprüchen des Herstellers erreicht werden.⁶⁰

Die offene Herangehensweise verlangt vergaberechtlich, Handlungsoptionen anzubieten, ohne bestimmte auszuschließen. Soweit also bestimmte Volumenlizenzverträge als Bezugsquelle 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.

Lizenz-Mischmodelle, die zu erweiterten (u. a. Upgrade-) Rechten führen, wie Microsoft Software Assurance, können nur dann haushaltskonform erwogen werden, wenn gerade diese Rechte auch erforderlich sind. Schematische Lösungen verbieten sich also.⁶¹

Tipp.

Vgl. hierzu Kapitel 3.4
Möglichkeiten der
Nachweisführung ►

Tipp.

Mehr Infos unter
Kapitel 4.3 ►

57 Also mittels welcher Erklärungen, mit welchem Inhalt usw.

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

59 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.).

60 Vgl. hierzu Abschnitt 5.4.4.

61 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.⁶² 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 der Vergabekammer Düsseldorf⁶³ 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 bzw. § 15 UVgO / § 21 VgV), da diese von dem „Beitretenden“ nicht mit dem oder den in Aussicht genommenen Leistungserbringer(n) der Einzelabrufe abgeschlossen werden.

Vielmehr stellte die Vergabekammer Westfalen⁶⁴ 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 Düsseldorf⁶⁵ 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.



Rahmenvereinbarungen



Art. L2125-1 (1) Code de la commande publique



Art. 219ff. Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público



§ 39 Bundesvergabegesetz 2018

**Microsoft
Volumenlizenzverträge
sind keine Rahmen-
verträge im Sinne des
Vergaberechts.**

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

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

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

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

Weiterhin stellte die Vergabekammer Westfalen klar,⁶⁶ dass die weiteren vorgetragenen Vorteile des BMI-Vertrags keine sachlichen Gründe zur Abweichung von der produktneutralen Beschreibung darstellen. Die Vorteile, z. B. ein Online-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 § 23 Abs. 1 UVgO bzw. § 31 VgV iVm. § 121 GWB ist die Leistung eindeutig und erschöpfend in der Leistungsbeschreibung zu beschreiben. Das gesamte Vergaberecht dient aufgrund der haushaltsrechtlichen Ausrichtung dieser Regelungen im Wesentlichen der Vermeidung unwirtschaftlicher Beschaffung durch ungenaue, fehlerhafte oder zu enge Anforderungen. Dazu zählt gemäß § 31 Abs. 2 VgV die genaue Beschreibung der Leistungs- oder Funktionsanforderungen oder einer Beschreibung der zu lösenden Aufgabe. Nur ausnahmsweise dürfen bestimmte Marken-/Produktnamen gemäß § 7 Abs. 4 VOL/A⁶⁷ 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.

⁶⁶ Vergabekammer Westfalen, Beschluss vom 1.3.2016 – VK 1 – 02/16.

⁶⁷ Vgl. § 31 Abs. 6 VgV bzw. § 23 Abs. 5 UVgO

Gebot der
Wirtschaftlichkeit
ist zu beachten.

 Art. L2152-7 Code de la commande publique

 Art. 1 Nr. 1 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público

 § 20 (1) Bundesvergabegesetz 2018

◀ Bezug zurück auf
Kapitel 4.2 Berücksichtigung
gebrauchter Lizenzen

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

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 beschrieben. 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 von Microsoft bietet gewisse Vorteile, wozu u. a. Rechte für neue Produktversionen und Lizenzmobilität sowie Support, und verschiedene Technologien und Dienste zählen sollen. Software Assurance ist zusätzlich zur Lizenz zu erwerben und periodisch zu vergüten.

Tipp.
Weitere Infos unter
Kapitel 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.⁶⁸

⁶⁸ Vgl. Neumann/Sonnenschein/Schuhmacher/Lange, Fünf Wege zu organischem Wachstum: Wie Unternehmen antizyklischen Erfolg programmieren können, 2003, S. 73.

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 vorbei, 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.

◀ Bezug zurück
auf Kapitel 2.1
Grundverständnis

Insoweit bedarf es im Einzelfall einer genauen Analyse dahingehend, dass Leistungen der Software Assurance tatsächlich zum Vergabegenstand gehören und erforderlich sind. Ein pauschales Ausschreiben von Lizenzen mit Software Assurance führt hingegen nicht nur zum faktischen Ausschluss des Gebraucht-Handels, sondern ist oftmals nicht bedarfsgerecht und begünstigt den geschlossenen Vertrieb des Herstellers.



5.3.3 Aufteilung in Lose

Gemäß § 30 VgV bzw. § 22 UVgO sind Auftraggeber dazu verpflichtet, Leistungen zum einen in der Menge (Teillöse), 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 (Teillöse) 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 Mittelstandsschutz 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 § 97 Abs. 4 GWB bzw. § 22 Abs. 1 S. 2 UVgO von der Auftragsteilung 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 sicherheits-

Losweise Vergabe



Art. L2113-10 Code de la commande publique



Art. 99 Nr. 3 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público



§ 28 Bundesvergabegesetz 2018

technischen 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.



Europäischer Gerichtshof, Luxemburg Stadt

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 Vergabegenstand 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.⁶⁹

Vorsorglich könnte vom Händler eine entsprechende Bestätigung bzw. Zusicherung verlangt werden, die nachfolgende Beschreibung enthalten könnte:

◁ Bezug zu Kapitel 5.4.3
Voreigentümer und
Rechtekette

◁ Bezug zu Kapitel 5.4.4
Gewährleistung

Beispiel.
Muster Eigenerklärung
S. 48/49 ►



Anforderung an rechtskonformen Erwerb

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 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;
- im Zusammenhang mit der erworbenen Software ist der Ersterwerber berechtigt gewesen, etwaige **Verbesserungen und Aktualisierungen** der angebotenen Software zu nutzen;
- und Vorerwerber haben etwaige **Software-Kopien unbrauchbar** gemacht.

§§§

Die Einräumung des **bestimmungsgemäßen Nutzungsrechts** der angebotenen Software wird **zugesichert**.

⁶⁹ 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 jeweilige 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 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.

Wichtig für den Lizenzwerb ist die Kenntnis über die bestimmungsgemäße Benutzung, die sich bei Microsoft Kauf-Software aus den jeweils anwendbaren Produktbestimmungen ergibt.

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 erforderlichen falls (vertraulich) vorgelegt werden.



Denkbar wäre im Fall, dass der Händler aufgrund der geltenden Rechtslage nicht sämtliche (ungeschwärzten) Ankaufs- und Ursprungsdokumente 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.

Tipp.
Mehr Infos unter
[Kapitel 5.4.1](#) ►

Allenfalls um Diskussion mit solchen Händlern zu vermeiden, die freiwillig „offenlegen“ wollen und nur im Fall der Bereitschaft der Vergabestelle, die sorgsame Prüfung der Unterlagen vorzunehmen, kann zur Klarstellung aufgenommen werden, dass alternativ zur Hinterlegung – aber neben der Zusicherung der Anforderungen der Rechtsprechung – eine Über-sendung möglich wäre.

5.4.4 Gewährleistung und Haftungsfreistellung

Tipp.
Mehr Infos unter
Kapitel 5.4.1 ►
Tipp. Kapitel 3.4
Weitere Fragen nach
Nachweisen ►

Sowohl die Versicherung zu der Einhaltung der Vorgaben des EuGH (Abschnitt 5.4.1) als auch die damit verbundenen weiteren Fragen nach Nachweisen (Abschnitt 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.

Entgegen der widersinnigen Diskussion um gerichtliche Beweise und der Eignung von etwaig offengelegten Dokumenten hierfür, ist die Freistellung gerade auf den (unwahrscheinlichen) Fall der gerichtlichen Inanspruchnahme zugeschnitten und macht vorgenannte Diskussion zudem obsolet, weil die Behörde sich dieser hypothetischen gerichtlichen Situation nicht zu stellen braucht.

◀ Bezug zurück auf
Kapitel 4.2 Berücksichtigung
gebrauchter Lizenzen

Beispiel einer Eigenerklärung: Einhaltung der Rechtsprechung, bestimmungsgemäße Nutzung, Haftungs-freistellung 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 – Langer 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 - Zusicherung der 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:

1. 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.

2. Zusicherung der Hinterlegung der Originalunterlagen und Belege 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. Für den Fall der Insolvenz des Anbieters tritt dieser bereits jetzt aufschiebend bedingt den Herausgabeanspruch gegenüber dem Wirtschaftsprüfer an die Behörde ab.

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.



Aixmedia, Adobe Stock

Turm vom Roten Rathaus, Berlin



Gebrauchte Software ist geradezu prädestiniert für die öffentliche Beschaffung. Der ohnehin praktisch vielfach ausgehöhlte Grundsatz der Produktneutralität kann im Fall der gebrauchten Software durch die Kombination aus besonderer Wirtschaftlichkeit und Unabhängigkeit vom unmittelbaren Herstellereinfluss in gewissem Maße kompensiert werden. Somit ergibt sich ein Gewinn für die digitale Souveränität und Anerkennung des europäischen Erschöpfungsgrundsatzes.

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 rechtlich nicht 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 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.



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 LL.M.

Dr. Daniel Taraz LL.M. war im Zeitpunkt der Erstellung dieses Praxishandbuchs Rechtsanwalt und Geschäftsführer der JENTZSCH IT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH in Hamburg.

Hier hat Dr. Taraz zu allen Aspekten der IT-Compliance, insbesondere im Zusammenhang mit Softwarelizenzen, Datentransfers und Softwareprojekten in komplexen Infrastrukturen beraten. Über die rechtliche Beratung hinaus gehörten zu seinem Portfolio auch Lösungen für SAM- und Datenschutz-Compliance, die er federführend mitentwickelt hat.

Dr. Taraz ist hochspezialisiert im IT-Recht tätig und setzt seinen Beratungsschwerpunkt im Softwarelizenzrecht unter besonderer Einbeziehung des IT-Vergaberechts sowie im Datenschutzrecht. Überwiegend berät Dr. Taraz Konzerne im Rahmen von Großprojekten und nimmt auch gutachterlich Stellung zu komplexen Fragestellungen der IT-Compliance und Beschaffung.

Im Rahmen eines Mandats werden von ihm stets die technischen Grundlagen der involvierten Software und Systemarchitektur genau betrachtet sowie durch vertiefte Kenntnisse auch verstanden, denn nur auf dieser Basis können in der Regel die richtigen rechtlichen Rückschlüsse gezogen werden.

Seit Mai 2022 ist Dr. Taraz als Rechtsanwalt bei der KPMG Law Rechtsanwaltsgesellschaft mbH am Hamburger Standort tätig und berät zu allen Fragen des IT- und Datenrechts.

danieltaraz@kpmg-law.com
T +49 (0)40 360 994-5483



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

