usedSoft®

01.03.2016

VERGABEKAMMER DER BEZIRKSREGIERUNG MÜNSTER 03/2016

Die VK Münster beanstandet den Ausschluss von gebrauchter Software als vergaberechtswidrig.

Folgende Aussagen der VK Münster sind wichtig:

- **Mit Rücksicht auf die höchstrichterliche Rechtsprechung des EuGH und des BGH sei eine solche Beschränkung "nicht mehr sachlich nachvollziehbar" (VK Münster, a.a.O, Tz. 114 nach juris). "Die rechtliche Konsequenz aus dieser Rechtsprechung (des BGH und des EuGH) ist, dass der Hersteller (Microsoft) weder einen Anspruch auf Unterlassung noch einen Anspruch auf Schadenersatz gegen den Erwerber (von gebrauchter Software) haben kann. Der BGH führt dazu sogar in seiner Entscheidung vom 11.12.2014 aus, dass man nicht einmal eine Vermögenseinbuße bei Microsoft erkennen könne. Der BGH hat damit im Grundsatz die "Rechtmäßigkeit des Gebrauchtsoftware-Handels" bestätigt." (VK Münster, a.a.O., Tz. 116 nach juris). "Sowohl die Rechtsprechung des EuGH als auch die Entscheidungen des BGH sind höchstrichterliche und abschließende Urteile. (...) Wenn aber höchstrichterlich ein solches Risiko als "geklärt" gilt, dann erscheint es sachlich nicht nachvollziehbar, wenn der Antragsgegner sich dennoch auf ein solches "Risiko" für die Festlegung auf neue Lizenzen berufen will. Der Grund - keine gebrauchte Lizenz wegen potentieller Regressansprüche des Herstellers - liegt in dieser umfassenden Weise nicht mehr vor und kann deshalb auch nicht als Rechtfertigung (...) herangezogen werden." (VK Münster, a.a.O., Tz. 117 nach juris).**
- **Weiter heißt es in der Entscheidung: "Gebrauchtlizenzen sind keine vom Original abweichenden Lizenzen, sondern eine "gebrauchte" Software mit einer "gebrauchten" Lizenz ist von der Neufassung nicht zu unterscheiden. Enthält die Neufassung das Downgrade-Recht, dann ermöglicht auch die gebrauchte Software die Anbindung an bereits vorhandene Produktlinien." (VK Münster, a.a.O., Tz. 119 nach juris).**
- **Auch das von der öffentlichen Beschaffungsstelle angeführte Argument, der Erwerber "gebrauchter Lizenzen (sei) dem rechtlichen Risiko ausgesetzt, dass die Firma Microsoft bei einem Audit die Rechtmäßigkeit der Nutzung der Lizenzen bestreite und ihn auffordere, die Erschöpfung der verwendeten Lizenzen nachzuweisen, überzeugt nicht" (VK Münster, a.a.O., Tz. 124 nach juris). Insoweit ist die VK Münster der Auffassung, es könne bereits nicht dargelegt werden, dass "mit einer**

erfolgreichen Inanspruchnahme durch die Firma Microsoft zu rechnen ist" (VK Münster, a.a.O., Tz. 125 nach juris). Der öffentlichen Beschaffungsstelle empfiehlt die VK Münster insoweit, dass sie sich lediglich in geeigneter Weise nachweisen lassen solle, dass der ursprüngliche Lizenznehmer seine Kopie des Computerprogramms zum Zeitpunkt des Weiterverkaufs unbrauchbar gemacht haben müsse. Insoweit könne beispielsweise vom Bieter verlangt werden, dass der Gebrauchtsoftwarehändler "über ein TÜV/IT-Zertifikat oder einen anderen geeigneten Nachweis verfügt, oder es könnte eine Freistellungsvereinbarung in den abzuschließenden Vertrag aufgenommen werden" (VK Münster, a.a.O., Tz. 128 nach juris). Da "im Ergebnis das Risiko einer Inanspruchnahme durch Microsoft praktisch nicht besteht, ist auch die vom Antragsgegner (…) vorgetragene Sorge, er trage im Falle einer Freistellungsregel das Insolvenzrisiko des Bieters, nicht nachvollziehbar" (VK Münster, a.a.O., Tz. 128 nach juris).

- Auch die angeblichen Vorteile des Erwerbs von Microsoft-Original-Lizenzen, wie z.B. ein Onlineportal, ein umfassendes Lizenzmanagement, ein einheitlicher Installationskey für heute gekaufte und auch künftig zu kaufende Software sowie die Möglichkeit, auch ohne erneute Vertragsverhandlungen kleinere Softwaremengen nachbestellen zu können, sind aus Sicht der VK Münster keine Merkmale der zu beschaffenden Software, sondern "Bedingungen, unter denen das zu erwerbende Produkt zur Verfügung gestellt werden soll" (VK Münster, a.a.O., Tz. 129 nach juris).