



**AUSSCHLUSS UND
BESCHRÄNKUNG VON OUTSOURCING
IN SOFTWARELIZENZVERTRÄGEN:
GRENZEN DER VERTRAGSFREIHEIT
NACH DEM URHEBER-,
KARTELL- UND AGB-RECHT**

Rechtsgutachten im Auftrag von

**CISPE (CLOUD INFRASTRUCTURE
SERVICES PROVIDERS IN EUROPE)**

erstattet von

Prof. Dr. jur. Axel Metzger, LL.M. (Harvard)

*Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und
Immaterialgüterrecht, insbesondere Gewerblicher
Rechtsschutz, Humboldt-Universität zu Berlin*

1. RESTRIKTIVE LIZENZBEDINGUNGEN

Die restriktiven Lizenzbedingungen führender Softwareanbieter gegenüber Geschäftskunden werden in der einschlägigen Fachliteratur seit vielen Jahren beschrieben, haben jedoch nur vereinzelt zu Entscheidungen von Gerichten und Behörden geführt. Wurde in den 1990er und 2000er Jahren um die rechtlichen Grenzen der Zulässigkeit von CPU- bzw. Systemvereinbarungen gerungen,¹ so standen in den letzten Jahren Restriktionen der Weiterveräußerung,² der „indirekten Nutzung“³ sowie die hier näher beleuchteten Verbote oder Einschränkungen der Nutzung von Software in Outsourcing- oder Cloud-Modellen im Fokus. Dass sich die Gerichte und Behörden nur selten mit diesen und weiteren Beschränkungen der Einsatzmöglichkeiten von Software befassen, liegt an der wenig ausgeprägten Streitkultur im Softwarelizenzrecht. Oft stehen keine technischen Alternativen zur Verfügung, so dass die Abnehmer auf die weitere Kooperation angewiesen sind. Auch sind Migrationen teuer und aufwändig. Dies führt dazu, dass die Unwirksamkeit von Lizenzbedingungen wegen Verstößen gegen das Kartell-, Urheber- oder Vertragsrecht nicht vor Gericht geltend gemacht, sondern allenfalls als „bargaining chip“ in den Verhandlungen über Preise und Konditionen verwendet wird. Die fehlende gerichtliche Durchsetzung ändert aber nichts daran, dass sich die Softwarehersteller mit vielen ihrer gängigen Klauseln in einer Grauzone bewegen. Dies soll im Folgenden für den Ausschluss und die Beschränkung der Nutzung von Software im Outsourcing-Modell näher untersucht werden.

2. EIN BEISPIEL AUS DER PRAXIS

Als Beispiel für eine Beschränkung des Outsourcings soll im Folgenden das aktuelle Lizenzmodell von Microsoft dienen. Die Standardverträge und die sich hieraus ergebenden Beschränkungen sind im Internet frei abrufbar. Microsoft hat im August 2019 eine Erklärung veröffentlicht, wonach mit Wirkung ab dem 1.10.2019 neue Bedingungen für die Nutzung von Microsoft-Software bei der Inanspruchnahme von Outsourcing oder Cloud-Diensten gelten.⁴ Dies gilt für alle ab diesem Zeitpunkt geschlossenen Verträge sowie für Upgrades älterer Software. Produkte, die nur für die „On Premise“-Nutzung durch den Geschäftskunden lizenziert sind⁵, können danach nicht mehr im Cloudmodell der großen Cloud-Anbieter genutzt werden, oder nur sofern der Kunde zusätzliche Lizenzkonditionen von Microsoft erwirbt („Software Assurance“ und „License Mobility“).

1. Vgl. hierzu nur BGH CR 2003, 323 sowie Grützmaker in Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 69d, Rn. 43; Marly, Praxishandbuch Softwarerecht, 7. Aufl., 2018, Rn. 1665 ff.; Spindler in: Schrickler/Loewenheim, Urheberrecht, 6. Auflage, 2020, § 69d, Rn. 15c.

2. Vgl. nur EuGH, 3.7.2012, C 128/11 – UsedSoft.

3. Vgl. eingehend Grützmaker, ITRB 2017, 141; Hoppen/Metzger, CR 2017, 625.

Diese Beschränkung betrifft die namentlich genannten Cloud-Anbieter Microsoft Azure, Alibaba, Amazon (einschließlich VMware Cloud auf AWS) sowie Google, die sich auf einer Liste der ausgeschlossenen Cloud-Anbieter finden. Die Beschränkung der zugelassenen Cloud-Anbieter ist vertraglich in den für alle Microsoft-Programme gültigen „Universal License Terms“ unter dem Stichwort „Outsourcing Software Management“ festgelegt,⁶ wonach die lizenzierte Software nur auf den Servern von „Authorized Outsourcers“ verwendet werden darf, welche nach dem Definitionsteil der Lizenz die genannten Anbieter als „Listed Provider“ ausschließt.⁷ Möglich bleibt aber die Nutzung von Lizenzen mit „License Mobility through Software Assurance“.⁸ Wer Software mit diesen Konditionen erwirbt, darf sie auch auf den Servern eines „Authorized Mobility Partner“ verwenden. Auf dieser Liste finden sich auch Amazon, Google und Microsoft eigener Cloud-Dienst „Azure“, nicht aber Alibaba.⁹ Die „License Mobility“-Option wird allerdings nicht für alle Microsoft-Produkte angeboten. Deshalb müssen z.B. Nutzer von „Office“, „Office 365“, „Microsoft 365“, „Windows 10 Enterprise Edition“, „Windows Server“ und „SQL Server“ je nach Fall „License Mobility“-Lizenzen erwerben, bestehende Produkte aufrüsten, die gleichen Produkte erneut über den Outsourcing-Anbieter erwerben, oder sie können sie überhaupt nicht auf großen Cloud-Diensten betreiben.¹⁰ Microsoft bietet für den eigenen Cloud-Dienst Azure hingegen über „Azure Hybrid Use Benefits“ oder „Azure Virtual Desktop“ vielfältige Möglichkeiten an, um bestehende On-Premises Lizenzen auch ohne License Mobility (ohne oder gegen nur geringe zusätzliche Kosten) auf Azure zu nutzen.¹¹

Die verschachtelte Lizenzkonstruktion führt im Ergebnis dazu, dass bestehende On-Premises Lizenzen besonders wichtiger Microsoft-Produkte, bei denen der Marktanteil des Unternehmers zugleich besonders hoch ist, nur ohne größere Hürden auf dem von Microsoft angebotenen Cloud-Dienst „Azure“ (oder den kleineren, „Non-Listed Provider“) genutzt werden können, nicht aber auf den Servern der großen konkurrierenden Cloud-Anbieter.

4. Siehe <www.microsoft.com/en-us/licensing/news/updated-licensing-rights-for-dedicated-cloud>.

5. Nachfolgend werden „on premise“-Lizenzen, welche nach dem 1.10.2019 erworben oder erneuert wurden als „bestehende Lizenzen“ bezeichnet.

6. Siehe <www.microsoft.com/licensing/terms/product/ForallSoftware/all>.

7. So ausdrücklich <www.microsoft.com/licensing/terms/product/Glossary/all> („Authorized Outsourcer“, „Listed Providers“).

8. Siehe <www.microsoft.com/en-us/licensing/news/updated-licensing-rights-for-dedicated-cloud>.

9. Siehe <download.microsoft.com/download/7/9/b/79bd917e-760b-48b6-a266-796b3e47c47a/Authorized_Mobility_Partners.pdf>.

10. s. <<https://www.microsoft.com/licensing/terms/en-US/productoffering/Microsoft365Applications/EAEAS>> sowie <<https://www.microsoft.com/licensing/terms/productoffering/WindowsDesktopOperatingSystem/EAEAS>> und <<https://www.microsoft.com/licensing/terms/productoffering/OfficeDesktopApplicationsWindows/EAEAS>>

1. VARIANTEN DES OUTSOURCING

Hinter dem weiten Begriff des Outsourcing von Informationstechnologie verbergen sich sehr unterschiedliche Varianten.¹² „Outsourcing“ im weitesten Sinne kann sich nicht nur auf die Auslagerung von Hard- und Software, sondern auch auf ganze Unternehmensteile einschließlich der Mitarbeiter beziehen. Im Kontext dieses Beitrags soll es um Outsourcing in einem engeren Sinne gehen, bei dem der Outsourcing-Anbieter in seinem Betrieb und auf seiner Hardware für den Kunden Software speichert und ablaufen lässt, auf die der Kunde aus der Ferne zugreifen und die er steuern kann. Innerhalb des so gesteckten Rahmens sind unterschiedliche Varianten des Outsourcing denkbar, wobei das Spektrum der übernommenen Leistungen und auch die hierfür gewählten Bezeichnungen von der jeweiligen Vertragsgestaltung abhängen. So wird oft danach unterschieden, ob der Anbieter nur einzelne Teile der IT-Komponenten („tasks“) im Rahmen eines partiellen oder selektiven Outsourcing übernimmt oder ob die (quasi) gesamten IT-Dienste für den Kunden bereitstellt („Full Outsourcing“).¹³ Weiter wird danach unterschieden, welche technischen Bereiche auf den Outsourcing-Anbieter ausgelagert werden und welche beim Kunden verbleiben. Hierbei lassen sich dann Server- und Mainframe-Outsourcing, Infrastruktur-Outsourcing, Desktop-Outsourcing und weitere Unterformen bilden.¹⁴ Schließlich kann danach differenziert werden, ob der Outsourcing-Dienstleister nur IT-Dienstleistungen im engeren Sinne übernimmt oder ob auch darüberhinausgehende Datenverarbeitungsvorgänge oder Geschäftsprozess im Auftrag des Kunden ausgeführt werden, wie etwa beim so genannten „Business Process Outsourcing“ (BPO).¹⁵ Für die hier im Mittelpunkt stehenden Beschränkungen des Outsourcings in Softwarelizenzverträgen sind diese Differenzierungen nicht entscheidend.

Vielmehr ist maßgeblich, auf wessen Hardware die fraglichen Programme gespeichert sind und ablaufen, wer diese Speicherungen vornimmt, wer die Programme startet und welche Nutzer auf die Programme zugreifen können.

11. s. <<https://www.microsoft.com/licensing/terms/productoffering/WindowsDesktopOperatingSystem/EAEAS> und < www.microsoft.com/en-us/licensing/news/updated-licensing-rights-for-dedicated-cloud>

12. Vgl. zum Folgenden Grützmaker, CR 2015, 779-787; Küchler in Bräutigam, IT-Outsourcing und Cloud-Computing, 4. Aufl. 2019, Teil 1, A. Begriffsbildung zum Outsourcing, Rn. 48 ff.; Söbbing, Handbuch IT-Outsourcing, 4. Aufl. 2015, 2. Kapitel, Rn. 1 ff.; Thalhofer/Żdanowiecki in Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 3. Auflage 2019, § 19, Rn. 6.

13. So Küchler, Söbbing, Thalhofer/Żdanowiecki, jeweils a.a.O.

14. Grützmaker, CR 2015, 779, 780 f.

15. Thalhofer/Żdanowiecki, a.a.O., Rn. 9.

Dies kann je nach Gestaltung des Outsourcing-Modells im Einzelfall entweder der Outsourcing-Anbieter, ein einzelner Kunde oder auch eine unbestimmte Anzahl von Kunden des Outsourcing-Anbieters sein. Die Grenzen zu anderen Vertragsmodellen sind dann aber fließend. Stellt der Anbieter die Software nicht mehr nur einem einzelnen Kunden, sondern einer Vielzahl von Nutzern zur Verfügung und sorgt auch für die erforderlichen Nutzungsrechte, so handelt es sich nicht mehr um Outsourcing im engeren Sinne, sondern um so genanntes Application Service Providing (typischerweise „Software as a service“) bzw. um „Platform“ oder „Infrastructure as a service“¹⁶ oder um Cloud-Dienste im weiteren Sinne.¹⁷

2. URHEBERRECHTLICH RELEVANTE HANDLUNGEN VON CLOUD-ANBIETERN UND KUNDEN

Ob ein Softwareanbieter wie Microsoft seinen Kunden die Nutzung der lizenzierten Programme im Rahmen eines Outsourcing untersagen oder beschränken kann, hängt von der urheberrechtlichen Beurteilung der verschiedenen Nutzungshandlungen der Beteiligten ab. Greifen der Lizenznehmer und Kunde des Outsourcing-Anbieters oder der Outsourcing-Anbieter selbst in die Rechte des Softwareherstellers ein, so benötigen sie entweder dessen Zustimmung oder eine gesetzliche Erlaubnis. Ist dem Lizenznehmer bzw. dem Outsourcing-Anbieter die Nutzung im Rahmen des Outsourcing durch das Urheberrecht qua Gesetz gestattet, so stellt sich die weitere Frage, ob der Softwareanbieter eine entsprechende Nutzung gleichwohl vertraglich ausschließen oder beschränken kann.

Ausgangspunkt der urheberrechtlichen Beurteilung ist deshalb zunächst die Frage, ob der Outsourcing-Anbieter oder der Kunde durch das Outsourcing überhaupt in die Urheberrechte des Softwareherstellers eingreifen. Maßgeblich ist insoweit die Vorschrift des § 69c UrhG, der die Verwertungsrechte des Urhebers speziell für Computerprogramme regelt. Zentral sind hierbei das Recht des Urhebers oder Inhabers der ausschließlichen Rechte, „die dauerhafte oder vorübergehende Vervielfältigung, ganz oder teilweise, eines Computerprogramms mit jedem Mittel und in jeder Form“ zu untersagen, § 69c Nr. 1 UrhG. Dies gilt auch, soweit „das Laden, Anzeigen, Ablaufen, Übertragen oder Speichern des Computerprogramms eine Vervielfältigung erfordert“. Daneben ist zu prüfen, ob in der Übermittlung von Software durch den Kunden an den Outsourcing-Anbieter oder im Zugriff des Kunden auf die Software beim Outsourcing-Anbieter eine öffentliche Zugänglichmachung gemäß § 69c Nr. 4 UrhG liegt.

16. Vgl. hierzu den Überblick bei Nadler/Cicilline, *Investigation of Competition in Digital Markets: Majority Staff Reports and Recommendations, 2020*, 109 ff., https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf.

17. Zu Begriff und Abgrenzungen Boehm, *ZEuP* 2016, 358, 360 ff.; Redeker, *IT-Recht*, 7. Auflage 2020, Rn. 1226 ff.

Bislang fehlt es an einer Einordnung der verschiedenen Formen des IT-Outsourcings in die urheberrechtlichen Verwertungsrechte des § 69c UrhG durch die Rechtsprechung. Der BGH hat sich aber in der Entscheidung „Internet-Videorekorder“ im Jahr 2009 eingehend mit der vergleichbaren Konstellation des Abspeicherns von Videodateien auf dem Server eines Anbieters und dem nachfolgenden Fernzugriff durch private Nutzer auseinandergesetzt.¹⁸ In der Literatur zum IT-Outsourcing werden die Grundsätze dieser Entscheidung entsprechend herangezogen.¹⁹

Urheberrechtlich relevant sind zunächst die Vervielfältigungen der im Outsourcing-Modell genutzten Computerprogramme auf dem Server des Anbieters. Diese Vervielfältigungen sind unvermeidbar, wenn die Programme auf den Servern des Anbieters ausgeführt werden sollen. Erforderlich ist hierfür zumindest eine erste Vervielfältigung im Hauptspeicher des Servers des Anbieters. Weitere Vervielfältigungen können bei der Ausführung des Programms erforderlich sein, wenn es hierfür in einen Arbeitsspeicher geladen werden muss. Ob und wenn ja welche weiteren Vervielfältigungen erforderlich sind, hängt vom Aufbau und der Funktionsweise der vom Outsourcing-Anbieter verwendeten Hard- und Software ab. Fraglich ist insoweit allerdings, wer diese Vervielfältigungen herstellt. Insoweit ist mit dem BGH davon auszugehen, dass zunächst allein auf eine technische Betrachtung abzustellen ist.²⁰ Die Vervielfältigung ist als körperliche Festlegung eines Werkes, so der BGH, „ein rein technischmechanischer Vorgang (...). Hersteller der Vervielfältigung ist daher derjenige, der diese körperliche Festlegung technisch bewerkstelligt. Dabei ist es ohne Bedeutung, ob er sich dabei technischer Hilfsmittel bedient, selbst wenn diese von Dritten zur Verfügung gestellt werden.“²¹ Normative, am Schutzzweck der Vorschriften ausgerichtete Erwägungen kommen nach Ansicht des BGH erst auf der Ebene der Urheberrechtsschranken zum Tragen. Im Fall „Internet-Videorekorder“ war die Frage zu beantworten, ob es sich um eine durch einen anderen hergestellte Privatkopie im Sinne des § 53 Abs. 1 S. 2 UrhG handelt. Die Vorschrift gestattet es, so genannte Privatkopien von Werken (nicht aber von Computerprogrammen) auch durch Dritte herstellen zu lassen, sofern dies unentgeltlich geschieht.

18. BGH CR 2009, 598 – Internet-Videorecorder.

19. Eingehend Grützmacher, CR 2015, 779, 780 f.; Hilber/Knorr/Müller, CR 2011, 417, 422 f.; Niemann, CR 2009, 661-666; Spindler in: Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, 6. Auflage, 2020, § 69c Rn. 41b sowie § 69d Rn. 9c.

20. BGH CR 2009, 598 – Internet-Videorecorder, Rn. 16.

21. BGH, a.a.O., Rn. 16.

22. BGH, a.a.O., Rn. 17.

In diesem Zusammenhang nahm der BGH eine Zurechnung zum Anbieter des „Internet-Videorekorder“ vor, der die Kopie für den privaten Nutzer erstellt.²² Überträgt man diese Grundsätze, so wie in der Literatur auch überwiegend angenommen, entsprechend auf den Fall des Outsourcing, so erstellt der Kunde und nicht der Outsourcing-Anbieter die Vervielfältigungen auf dem Server des Anbieters, während die Beteiligung des Anbieters erst auf der Ebene der Schranken des § 69d UrhG zum Tragen kommt. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Kunde die Software proaktiv an den Outsourcing-Anbieter übermittelt und die nachfolgenden Vervielfältigungen in den Arbeitsspeichern durch den Aufruf der Software auslöst.

Entscheidend ist insoweit die „Steuerungshoheit“ des Nutzers.²³ Wird das Ablaufenlassen dagegen durch den Outsourcing-Anbieter initiiert, etwa wenn Software im Dauerbetrieb verfügbar gehalten wird, so kann der Outsourcing-Anbieter als Hersteller der Vervielfältigung zu qualifizieren sein.²⁴ Denkbar ist auch eine gemeinsame Verantwortung von Outsourcing-Anbieter und Kunde für die Herstellung.²⁵ Insoweit gilt es je nach technischer Umsetzung des Outsourcing-Angebots zu differenzieren.

Beim herkömmlichen Outsourcing, bei dem nur der Kunde auf die beim Outsourcing-Anbieter gespeicherte Software zugreifen kann, sind keine weiteren urheberrechtlich relevanten Verwertungshandlungen im Sinne des § 69c UrhG zu beachten. Insbesondere liegt in der Weitergabe der Software durch den Kunden an den Outsourcing-Anbieter keine Verbreitung gemäß § 69c Nr. 3 UrhG, weil es insoweit schon an der Weitergabe eines körperlichen Vervielfältigungsstücks fehlen dürfte.²⁶ Software wird heute unkörperlich durch einen Download von einem Server übertragen. Damit scheidet § 69c Nr. 3 UrhG aus. Die Frage der Erschöpfung des Verbreitungsrechts stellt sich dementsprechend nicht.²⁷ Die unkörperliche Übermittlung der Software an den Outsourcing-Dienstleister und der Abruf durch den Kunden stellen auch keine öffentliche Zugänglichmachung gemäß § 69c Nr. 4 UrhG dar. Wie der BGH in der Entscheidung „Internet-Videorekorder“ zu Recht festgestellt hat, fehlt es am Merkmal der „Öffentlichkeit“, wenn ein einzelner Nutzer einen zuvor gezielt für ihn gespeicherten Inhalt vom Server des Anbieters abrufen.²⁸ Insoweit sind Kunde und Unternehmen als „einzelne Nutzer“ zu behandeln.²⁹

23. Spindler, in: Schrickler/Loewenheim, Urheberrecht, 6. Auflage, 2020, § 69d Rn. 9c.

24. So Hilber/Knorr/Müller, CR 2011, 417, 422.

25. Grützmaker, CR 2015, 779, 780 ff.

26. Anders noch Fritzemeyer/Schoch, CR 2003, 793, 794 f.

27. Vgl. hierzu Hilber/Knorr/Müller CR 2011, 417, 423.

28. BGH CR 2009, 598 – Internet-Videorecorder, Ls. 2 und Rn. 25 ff..

3. OUTSOURCING ALS BESTIMMUNGSGEMÄSSE BENUTZUNG

Auch wenn die für das Outsourcing erforderlichen Vervielfältigungen in den Anwendungsbereich des § 69c Nr. 1 UrhG fallen, bedeutet dies nicht automatisch, dass der Rechtsinhaber die Nutzung der lizenzierten Programme im Wege des Outsourcing untersagen oder beschränken kann. Zum einen kann die Nutzung im Wege des Outsourcing ausdrücklich im Lizenzvertrag gestattet sein; dies scheidet im obigen Beispielfall für die Nutzung bei den Listed Provider für diejenigen Programme aus, für die Microsoft keine „License Mobility“ anbietet. Zum anderen kann die Nutzung aber auch auf Grundlage des Gesetzes gestattet sein, wenn es sich um eine „bestimmungsgemäße Benutzung“ des Programms gemäß § 69d Abs. 1 UrhG handelt und diese „bestimmungsgemäße Benutzung“ auch nicht durch Vertrag ausgeschlossen werden darf.

Damit ist die Frage aufgeworfen, welche Arten der Verwendung eines Computerprogramms von der bestimmungsgemäßen Benutzung gemäß § 69d Abs. 1 umfasst sind. Was unter einer „bestimmungsgemäßen Benutzung“ des Programms zu verstehen ist, ergibt sich nach der Kommentarliteratur zunächst aus den vertraglichen Vereinbarungen zwischen dem Programmhersteller oder -lieferanten und dem berechtigten Benutzer. Entscheidend ist dabei der Überlassungszweck. Da die bestimmungsgemäße Benutzung jedoch auch bei entsprechender Vertragsgestaltung nicht auf null reduziert werden kann, ist von den konkreten vertraglichen Absprachen zu abstrahieren und auf eine dem wirtschaftlichen und technischen Nutzungszweck des betreffenden Programms entsprechende und gewöhnliche Benutzung abzustellen.³⁰ Erst im zweiten Schritt ist dann zu fragen, ob durch die konkrete vertragliche Vereinbarung ein abweichender Umfang der bestimmungsgemäßen Benutzung vereinbart worden ist, wobei der „zwingende Kern“ des § 69d Abs. 1 UrhG nicht abbedungen werden kann.³¹

29. Mangels unterschiedlicher Rechtsträger findet innerhalb eines Unternehmens keine Verbreitung oder unkörperliche Wiedergabe statt. Die Mitarbeiter als natürliche Personen nutzen die Software nicht selbst, sondern sind nur Vermittler einer Nutzung der Software durch die juristische Person. So auch Dietrich, ZUM 2010, 567, 568; vgl. auch Jaeger/Metzger, Open Source Software, 5. Aufl., 2020, 129.

30. Dreier in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl., 2018, § 69d Rn. 7; Grützmaker in: Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 69d, Rn. 7; Wiebe in Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl., München 2019, § 69d UrhG Rn. 11.

31. Dreier, a.a.O., § 69d Rn. 12; Grützmaker, a.a.O., § 69d Rn. 32; Marly, Praxishandbuch Softwarerecht, 7. Aufl., 2018, Rn. 234 f.; Schneider, Handbuch des EDV-Rechts, 4. Aufl., Köln 2009, Rn. C 51 f.; Wiebe, a.a.O., § 69d UrhG Rn. 20.

32. So auch ausdrücklich Grützmaker, a.a.O., § 69d Rn. 14; Huppertz in: Bräutigam, IT-Outsourcing und Cloud-Computing, 4. Aufl., 2019, Teil 1, D. Einräumung von Nutzungsrechten im IT-Outsourcing-Projekt, Rn. 98; Spindler in: Schricker/Loewenheim (Hsrg.), Urheberrecht, 6. Auflage, 2020, § 69c Rn. 41b sowie § 69d Rn. 9c.

Legt man diesen Maßstab an, so sprechen gute Gründe dafür, die Grundbedingungen der gängigen Outsourcing-Modelle als von der „bestimmungsgemäßen Benutzung“ umfasst anzusehen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn (1.) der Kunde Lizenznehmer des Softwareherstellers bleibt, (2.) sich das Outsourcing auf eine bloße Verlagerung der Software auf den Server des Outsourcing-Anbieters beschränkt und (3.) nur der Lizenznehmer als Kunde auf die Software zugreifen kann.³² Sind diese Bedingungen eingehalten, so stellt es sich aus der Perspektive des Lizenznehmers als bestimmungsgemäße Benutzung der Software dar, wenn er statt eigener Hardware auf die eines Outsourcing-Anbieters zurückgreift. Gleichzeitig ist kein zusätzliches wirtschaftliches Partizipationsinteresse des Softwareherstellers anzuerkennen, wenn die Software nach wie vor nur vom Lizenznehmer genutzt werden kann.³³ Soll dagegen der Outsourcing-Anbieter die Lizenzen vom Kunden übernehmen, so setzt dies grundsätzlich die Zustimmung des Softwareherstellers voraus, sofern es sich nicht um gekaufte Software handelt und der Erschöpfungsgrundsatz eingreift.³⁴ Der Bereich der „bestimmungsgemäßen Benutzung“ kann zudem überschritten werden, wenn der Outsourcing-Anbieter – etwa im Rahmen von Support- oder „Softwarepflege“-Leistungen

– Verwertungshandlungen vornimmt, die über eine normale Benutzung hinausgehen.³⁵ Gleiches gilt, wenn die Software nicht nur dem Lizenznehmer, sondern auch Dritten zur Verfügung gestellt wird, etwa anderen Konzernunternehmen.³⁶ Eine abschließende Beurteilung muss deshalb das Dienstleistungsangebot des Outsourcing-Anbieters insgesamt in den Blick nehmen.

§ 69d Abs. 1 UrhG gestattet die Vornahme der für die bestimmungsgemäße Benutzung erforderlichen Vervielfältigungen „durch jeden zur Verwendung eines Vervielfältigungsstücks des Programms Berechtigten“. Damit ist der rechtmäßige Erwerber einer Programmkopie³⁷ und auch jeder Lizenznehmer³⁸ gemeint. Dies schließt es aber nicht aus, dass sich der Käufer oder Lizenznehmer bei der bestimmungsgemäßen Benutzung der Hilfe Dritter bedient oder diese Dritte für ihn die bestimmungsgemäße Benutzung ausführen lässt. Das OLG Düsseldorf hat dies in der Entscheidung „Generallizenz“ ausdrücklich für die bestimmungsgemäße Benutzung gemäß § 69d Abs. 1 UrhG anerkannt.³⁹ Der BGH geht in der Entscheidung „Programmfehlerbeseitigung“ davon aus, dass der gemäß § 69d Abs. 1 UrhG Berechtigte die Fehlerbeseitigung durch Dritte vornehmen lassen kann.⁴⁰ Selbst wenn man also davon ausgeht, dass der Outsourcing-Anbieter und nicht der Kunde die erforderlichen Vervielfältigungen des Programms vornimmt, so kann dies gleichwohl eine bestimmungsgemäße Benutzung durch den Kunden darstellen.⁴¹

33. So insb. Spindler, a.a.O., § 69d Rn. 9c.

34. Eingehend Grützmaker, CR 2015, 779, 783.

34. Spindler, a.a.O., § 69d Rn. 9c. Vgl. auch Söbbing MMR 2007, 479, 482. In der Tendenz gegen die Anwendung von § 69d Abs. 1 bei der Softwarepflege auch Grützmaker, a.a.O., § 69d Rn. 15 („Zwingend ist aber auch das nicht.“).

4. KEIN AUSSCHLUSS DES „ZWINGENDEN KERNS“ VON § 69D ABS. 1 URHG

Der Käufer oder Lizenznehmer darf nach dem bisher Gesagten ein Computerprogramm im Rahmen der „bestimmungsgemäßen Benutzung“ gemäß § 69d Abs. 1 UrhG auch auf der Hardware eines Dritten abspeichern und im Wege des Outsourcing nutzen. Zu klären bleibt jedoch abschließend, ob der Softwarehersteller diese Befugnis vertraglich ausschließen oder beschränken kann.⁴² Insoweit ist anerkannt, dass der Umfang der bestimmungsgemäßen Benutzung auch von der vertraglichen Vereinbarung abhängt, wie der einleitende Halbsatz der Vorschrift verdeutlicht („Soweit keine besonderen vertraglichen Bestimmungen vorliegen“). Die Vorschrift vermittelt dem Nutzer aber einen abrededefesten, zwingenden Kern, der auch durch vertragliche Vereinbarungen nicht ausgeschlossen oder eingeschränkt werden kann. Gerichtsentscheidungen zu der Frage, ob die Möglichkeit des Outsourcing zu diesem zwingenden Kern des § 69d Abs. 1 UrhG gehört, liegen bislang nicht vor. In der Literatur wird dies aber von gewichtigen Stimmen angenommen.⁴³ So heißt es bei Spindler im Kommentar von Schricker/Loewenheim:

„Kein Fall der (Anm.: zulässigen) Netzwerkklauseln sind dagegen Outsourcing-Klauseln, die die Auslagerung der Software an Dritte untersagen sollen: Solange gesichert ist, dass nur der Nutzer bzw. Lizenznehmer die Software nutzt, verstoßen solche Klauseln gegen § 69d Abs. 1, ebenso halten sie nicht der Inhaltskontrolle stand.“⁴⁴

Ähnlich werden entsprechende Klauseln von Grützmaker im Kommentar von Wandtke/Bullinger eingeordnet:

„Gegen den zwingenden Kern verstoßen Verbote des Outsourcing, soweit diese auch untersagen, dass das Computerprogramm im jeweiligen Auslagerungsfall (nur) dem berechtigten Nutzer zur Verfügung gestellt wird.“⁴⁵

Es liegt deswegen durchaus nahe, dass sich ein Lizenznehmer mit Erfolg gegen urheberrechtliche Ansprüche des Softwareherstellers zur Wehr setzen kann, wenn er die Software im Rahmen eines Outsourcing-Dienstes nutzt. Eine solche Verwendung der Software ist von der bestimmungsgemäßen Benutzung gemäß § 69d Abs. 1 UrhG gedeckt, solange sich der Outsourcing-Anbieter und der Kunde an die oben genannten Bedingungen halten. Entgegenstehende vertragliche Vereinbarungen sind also bereits nach geltendem Urheberrecht unwirksam.

36. So wohl auch Hilber/Knorr/Müller, CR 2011, 417, 422 f.

37. So Art. 5 Abs. 1 der Computerprogramm-Richtlinie 2009/24/EG.

38. Vgl. nur Spindler, a.a.O., § 69d Rn. 4 m.w.N.

39. OLG Düsseldorf CR 2002, 95 – Generallizenz, Rn. 31.

40. BGH CR 2000, 656 – Fehlerbeseitigung, Rn. 23.

41. So auch Grützmaker, CR 2015, 779, 782; Hilber/Knorr/Müller, CR 2011, 417, 423; Spindler, a.a.O., § 69d Rn. 5.

42. Vgl. die Nachweise in Fn. 31.

1. MISSBRAUCHSKONTROLLE BEI AUSÜBUNG DES URHEBERRECHTS

Die beschriebene Lizenzpraxis von Microsoft könnte zusätzlich gegen das Kartellrecht verstoßen, wenn es sich um den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäß Art. 102 AEUV, § 19 GWB handeln würde. Das Verhältnis des europäischen Kartellrechts zum Immaterialgüterrecht hat die Europäischen Gerichte in den letzten Jahren wiederholt beschäftigt.⁴⁶ Immaterialgüterrechte wie das Urheberrecht sind ihrer Natur nach gesetzliche Monopole, die auf den Ausschluss anderer von der Nutzung der geschützten Gegenstände abzielen. Es ist der Zweck des Urheberrechts, dem Urheber oder dem Inhaber ausschließlicher Rechte die Befugnis einzuräumen, Dritten die Nutzung des geschützten Werks, etwa eines Computerprogramms, gegen Zahlung einer Vergütung zu gestatten oder es ihnen zu verbieten und nur selbst als Anbieter auf dem betreffenden Markt tätig zu sein. Der Europäische Gerichtshof hat deswegen schon früh festgestellt, dass in der Ausübung eines Immaterialgüterrechts nicht schon als solches ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung zu sehen ist, weil die Wahrnehmung des Rechts die „Substanz“ der Immaterialgüterrechte bildet.⁴⁷ Vielmehr müssten besondere Umstände hinzutreten, die die Wahrnehmung des Ausschließungsrechts als Missbrauch qualifizieren.⁴⁸ Hatte der Gerichtshof in der „Magill“-Entscheidung hierfür noch verlangt, dass die Lizenzweigerung das Angebot eines „neuen Produkts“ auf einem benachbarten Markt verhindern müsse, um missbräuchlich zu sein, so sind diese Voraussetzungen in den EuGH-Entscheidungen „Bronner“ und „IMS Health“ und der EuG-Entscheidung „Microsoft“ ergänzt worden. In der Microsoft-Entscheidung hob das EuG zuletzt hervor, dass der Wettbewerber nicht zwangsläufig an der Entwicklung oder Vermarktung eines (gegenüber dem Angebot des Marktbeherrschers) „neuen“ Produkts gehindert werden muss, sondern dass es für die Annahme eines Behinderungsmissbrauchs ausreichen kann, wenn ein bereits auf dem benachbarten Markt im Wettbewerb mit dem Marktbeherrscher stehender Anbieter behindert und dadurch die „technische Entwicklung eingeschränkt wird“.⁴⁹ Legt man diesen Maßstab an, so fällt die hier in Frage stehende Lizenzverweigerung von Microsoft für bestimmte Produkte im Outsourcing-Modell der großen Wettbewerber in den Anwendungsbereich der Missbrauchskontrolle gemäß Art. 102 AEUV. Sie geht über eine bloße Ausübung der Urheberrechte hinaus und behindert den Wettbewerb auf dem benachbarten Markt für Outsourcing-Dienste, auf dem Microsoft ebenfalls tätig ist.

43. Für die Möglichkeit eines (individualvertraglichen) Ausschlusses der Vervielfältigung durch den Hersteller aber Hilber/Knorr/Müller, CR 2011, 417, 423. Damit ist jedoch nichts über die regelmäßig anzunehmende Vervielfältigung durch den Nutzer gesagt.

44. Spindler, a.a.O., § 69d Rn. 15b.

45. Grützmacher, a.a.O., § 69d, Rn. 47.

46. Siehe hierzu grundlegend EuGH, 6.4.1995, C-241/91 P – Magill, Rn. 49 f.; EuGH, 29.4.2004, C-418/01 – IMS Health, Rn. 48, 52. Vgl. zum Folgenden auch Fuchs in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2019, Art. 102 AEUV, Rn. 359 ff.; Heinemann, GRUR 2006, 705. zum deutschen Recht siehe Fuchs in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2019, § 19 GWB, Rn. 304 ff..

2. MARKTBEHERRSCHENDE STELLUNG

Die Annahme eines Missbrauchs gemäß Art. 102 AEUV, § 19 GWB setzt voraus, dass der Rechtsinhaber eine beherrschende Stellung auf dem in Frage stehenden Markt innehat. Der urheberrechtliche Schutz eines Computerprogramms führt nicht automatisch zu einer beherrschenden Stellung auf dem jeweils kartellrechtlich relevanten Markt.⁵⁰ Vielmehr ist nach der Rechtsprechung des EuGH in einem ersten Schritt der relevante Markt in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht abzugrenzen, um dann in einem zweiten Schritt die Frage der Beherrschung dieses Marktes durch das betreffende Unternehmen zu untersuchen. Der Gerichtshof wendet bei der Bestimmung des relevanten Marktes in ständiger Rechtsprechung das so genannte Bedarfsmarktkonzept an.⁵¹ Für das europäische Recht setzt der EuGH für die Annahme einer beherrschenden Stellung die Fähigkeit des Unternehmens voraus, einen wirksamen Wettbewerb auf dem fraglichen Markt zu verhindern.⁵² Hierbei kommt den Marktanteilen auf dem relevanten Markt besondere Bedeutung zu. Ein sehr hoher Marktanteilen von 75% reicht für eine Annahme einer Marktbeherrschung regelmäßig aus.⁵³ Bei Marktanteilen zwischen 40 % und 75 % besteht regelmäßig eine beherrschende Stellung, wenn gleichzeitig weitere Faktoren vorliegen.⁵⁴ Gemäß § 18 Abs. 4 GWB wird bei einem Marktanteil von über 40% eine Marktbeherrschung im Sinne des GWB vermutet. Die Europäische Kommission hat in dem Fusionskontrollverfahren „Microsoft/LinkedIn“ für die hier interessierenden Märkte in den Jahren 2014/15 Marktanteile jenseits der Schwelle von 75% angenommen, namentlich auf dem Markt für Betriebssysteme auf PCs einen Anteil von 80-90% für „Windows“ und auf dem Markt für „Office Suites“ einen Anteil von 90-100 % für „Office“ bzw. „Office 365“.⁵⁵ Da größere Verschiebungen der Marktanteile seitdem nicht erkennbar sind, liegt die Annahme einer beherrschenden Stellung auf den betreffenden Märkten auch zum gegenwärtigen Zeitpunkt nahe.

47. EuGH, 5.10.1988, 238/87 – Volvo/Veng, Rn. 8. Vgl. aus der jüngeren Rechtsprechung bspw. OLG Hamburg, 3 U 220/15 Kart, BeckRS 2017, 121111, Rn. 179.

48. Siehe hierzu grundlegend EuGH, 6.4.1995, C-241/91 P – Magill, Rn. 49 f.; EuGH, 26.11.1998, C-7/97 – Bronner, Rn. 39-41; EuGH, 29.4.2004, C-418/01 – IMS Health, Rn. 48, 52.

49. EuG, 17.9.2007, T-201/04 – Microsoft/Kommission, Rn. 621 ff. und 643 ff., insb. 647.

50. Hierzu im Einzelnen Fuchs in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2019, Art. 102 AEUV Rn. 353 m.w.N.

51. EuGH, 21.2.1973, Rs. 6/72 – Continental Can, Rn. 32.

52. Seit EuGH 14.2.1978, Rs. 27/76 – United Brands.

3. MISSBRÄUCLICHE VERHALTENSWEISE

Die beschriebene Lizenzpraxis von Microsoft könnte gegen den Tatbestand des Behinderungsmissbrauchs der Art. 102 Abs. 2 lit. b) AEUV, § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB verstoßen. Microsoft behindert durch die Lizenzgestaltung entscheidender Produkte Wettbewerber auf dem benachbarten Markt für Outsourcing-Dienstleistungen, da für Lizenznehmer beim Outsourcing nur der von Microsoft selbst betriebene Cloud-Dienst „Azure“ und die Dienste der kleineren, „Non-Listed Provider“ zur Nutzung bestehender On-Premises Lizenzen ohne Hürden zur Verfügung stehen, nicht aber die Dienstleistungen der großen Wettbewerber. Eine entsprechende Lizenzgestaltung ist bislang nicht Gegenstand von Rechtsprechung oder Entscheidungspraxis der Kartellbehörden gewesen. Der Blick auf vergleichbare Fallgestaltungen ist jedoch instruktiv. Im Grundsatz ausschließen und nur für den Microsoft-eigenen Cloud-Dienst „Azure“ und weitere „Non-Listed Provider“ gestatten, verstoßen schon nach den hergebrachten Grundsätzen gegen das Urheber- und Kartellrecht und gegen § 307 BGB. Entsprechende Lizenzpraktiken dürften auf Grundlage der neuen kartellrechtlichen Instrumente nach der 10. GWB-Novelle und dem aktuell im Gesetzgebungsverfahren verhandelten „Digital Markets Act“ auf weitere rechtlichen Hürden treffen. Die neuen Vorschriften im GWB setzen aber zunächst ein Tätigwerden des Bundeskartellamtes voraus. Bis dahin bleibt betroffenen Nutzern nur die Möglichkeit, sich auf die Unwirksamkeit entsprechender Bedingungen nach dem Urheber-, Kartell- und AGB-Recht zu berufen. Es wäre wünschenswert, wenn die Frage der Wirksamkeit des Outsourcing-Verbots (höchst-)richterlich geklärt werden könnte. Dies setzt aber voraus, dass sich die Lizenznehmer zu einer gerichtlichen Durchsetzung ihrer Rechte entschließen.

53. EFuchs in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2019, Art. 102 AEUV Rn. 87 ff. m.w.N.

54. Fuchs, a.a.O., Art. 102 AEUV Rn. 91.

55. Europäische Kommission, 6.12.2016, M.8124 – Microsoft/LinkedIn, Rn. 287 ff.