



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*

Axel Metzger^{*1}
**Ausschluss und Beschränkung von Outsourcing in
Softwarelizenzverträgen:**

**Grenzen der Vertragsfreiheit nach dem
Urheber-, Kartell- und AGB-Recht**

Die Europäische Kommission und der deutsche Gesetzgeber bemühen sich gegenwärtig mit dem vorgeschlagenen Digital Markets Act und der in Kraft getretenen 10. GWB-Novelle die wettbewerbswidrigen Praktiken der großen internationalen Internetkonzerne besser als bislang in den Griff zu bekommen und dabei auch die gesammelten Daten und marktübergreifenden Praktiken zu erfassen. Die restriktiven Lizenzpraktiken großer Software-Anbieter gegenüber Geschäftskunden bekommen demgegenüber vergleichsweise wenig legislative oder regulatorische Aufmerksamkeit, obwohl hier seit Jahrzehnten hohe Marktanteile und deutliche Abschottungs- und Leveraging-Tendenzen bestehen. Der Beitrag untersucht den Ausschluss und die Beschränkung von Outsourcing in Softwarelizenzverträgen als eine besondere Form des Ausnutzens einer dominanten Stellung auf dem betroffenen Softwaremarkt. Entsprechende Praktiken können nicht nur gegen die Vorgaben des geltenden und des künftigen Kartellrechts verstoßen, sondern auch in Konflikt zum Urheber- und AGB-Recht stehen.

* Prof. Dr. jur., LL.M. (Harvard), Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Immaterialgüterrecht, insbesondere Gewerblicher Rechtsschutz, Humboldt-Universität zu Berlin; der Beitrag beruht auf einem Gutachten.

I. 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“). 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

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.

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“).

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.

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>>

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>

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. 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

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/ danowiecki* in Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 3. Auflage 2019, § 19, Rn. 6.

13 So *Küchler, Söbbing, Thalhofer/ danowiecki*, jeweils a.a.O.

14 *Grützmaker*, CR 2015, 779, 780 f.

15 *Thalhofer/ danowiecki*, a.a.O., Rn. 9.

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.

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.

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 technisch-mechanischer Vorgang (...). Hersteller der Vervielfältigung ist daher derjenige, der diese körperliche Festlegung technisch bewerkstelligt. Dabei ist es ohne Bedeutung, ob er sich

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.

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. 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

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

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

23 *Spindler*, in: *Schricker/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.

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.

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

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

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.

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

34 Eingehend Grützmaker, CR 2015, 779, 783.

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

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. 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 abredetesten, zwingenden Kern, der auch durch vertragliche Vereinbarungen nicht ausgeschlossen oder eingeschränkt werden kann.⁴² 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 Schrickler/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

35 *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.“).

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.

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.

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.

III KARTELLRECHTLICHE GRENZEN BEI BESCHRÄNKUNGEN VON OUTSOURCING

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 bilde.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

45 *Grützmaker*, 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..

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.

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.

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 Marktanteile 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.

3. Missbräuchliche 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.

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.

53 *Fuchs* 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.

Die Europäische Kommission behandelt entsprechende Vertragsgestaltungen unter dem Gesichtspunkt des Kopplungsverbots. Bei einer Kopplung im engeren Sinne verknüpft das marktbeherrschende Unternehmen seine Leistungen auf dem Markt, auf dem es die beherrschende Stellung innehat, mit Leistungen auf einem benachbarten Markt. Die wettbewerbsrechtliche Bedenklichkeit der Kopplung resultiert dabei aus dem Potenzial eines beherrschenden Unternehmens, die Marktmacht von einem Markt auf den anderen zu übertragen (sog. Hebelwirkungen bzw. „leveraging“).⁵⁶ Dabei ist anerkannt, dass nicht nur die direkte Bündelung von Waren oder Dienstleistungen unter Art. 102 AEUV fallen kann, sondern dass auch „subtilere Formen“ der Verknüpfung von verschiedenen Leistungen einen Missbrauch darstellen können. So gilt es auch als Fall der missbräuchlichen Kopplung, wenn bestimmte Anreize gesetzt werden, um vorzugsweise eine gleichzeitige Nachfrage nach dem gekoppelten Produkt zusammen mit dem koppelnden Produkt hervorzurufen („anreizbasierte Koppelung“). Diese kann in der Rabattierung der Hauptleistung für den Fall der Abnahme der gekoppelten Leistung bestehen.⁵⁷ Der Anreiz kann aber auch in der Versagung von Vorteilen für den Fall des Erwerbs von Leistungen Dritter gesehen werden. So hat es die Europäische Kommission im Fall „Eurofix-Bauco/Hilti“ als unzulässige (indirekte) Kopplung betrachtet, wenn für den Fall des Bezugs des gekoppelten Produkts von Konkurrenten vertragliche Rabatte beim Erwerb des Hauptprodukts verwehrt werden.⁵⁸

Wendet man diese Grundsätze auf die hier interessierenden Praktiken von marktbeherrschenden Software-Anbietern an, so sind alle vertraglichen Gestaltungen als missbräuchlich anzusehen, bei denen den Lizenznehmern entweder die Verwendung von Outsourcing-Dienstleistungen Dritter direkt untersagt wird oder bei denen ein Abschluss anderweitiger Lizenzen, etwa über den Outsourcing-Dienstleister, verlangt werden, was de facto auf ein Verbot der Nutzung der bereits erworbenen Programme und Lizenzen im Rahmen der Outsourcing-Dienstleistung des Wettbewerbers hinausläuft. In beiden Fällen missbraucht der Software-Anbieter seine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für die betreffenden Programme, um seine Marktmacht auf den benachbarten Markt für Outsourcing-Dienste zu übertragen.⁵⁹ Dies beschränkt den Wettbewerb für Outsourcing-Dienstleistungen, weil sich Kunden mit einem bereits vorhandenen Portfolio an Lizenzen für Microsoft-Produkte nur noch für andere Outsourcing-Anbieter als „Azure“ entscheiden, wenn sie damit verbundenen erheblichen Mehrkosten aus einem erneuten Lizenzwerb bereit sind in Kauf zu nehmen. Weniger Wettbewerb auf dem Markt für Outsourcing-Dienste kann in der Folge dazu führen, dass der Anreiz für Innovationen auf diesem Markt geschwächt wird – bei gleichzeitig steigenden Preisen.⁶⁰

Bei Anwendung des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB ergibt sich ein ähnliches Bild. Die Behinderung von Konkurrenten auf dem Markt für Outsourcing-Dienste durch die oben beschriebenen Lizenzpraktiken von Microsoft erzeugen eine Bindungswirkung, bei denen die Kunden des marktbeherrschenden Unternehmens indirekt zur alleinigen Nutzung des Microsoft Cloud-Dienstes „Azure“ gedrängt werden. Eine solche Kopplungsbindung wirkt sich für Wettbewerber auf dem Markt der gekoppelten Ware oder Leistung als Behinderung aus, die gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB zu behandeln ist. Der BGH geht davon aus, dass eine missbräuchliche Kopplung auch schon dann vorliegen kann, wenn das beherrschende Unternehmen seinen Kunden den Bezug von Waren oder Dienstleistungen auf einem benachbarten Markt nicht verbietet und diesen auch nicht „verteuert“, sondern wenn sich allein aus der starken Marktstellung rein faktisch eine Sogwirkung auf dem

56 Vgl. hierzu Mitteilung der Kommission — Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 24.2.2009, ABl. 2009, C 45/7, Rn. 52 ff.

57 *Fuchs* in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2019, Art. 102 AEUV, Rn. 285.

58 Europäische Kommission, 22.12.1987, ABl. 1988, L 65/19, Rn. 30 und 75 – Eurofix-Bauco/Hilti.

59 Vgl. auch die insoweit parallele Fragestellung der kartellrechtlichen Grenzen des Verbots der „indirekten Nutzung“ in Softwarelizenzen; hierzu *Grützmacher* ITRB 2017, 141, 144; *Hoppen/Metzger*, CR 2017, 625, 630 f.

60 Zu den negativen Auswirkungen des „leveraging“ siehe Europäische Kommission, 27.6.2017, AT.39740 – Google Shopping, Rn. 594 ff.

Nachbarmarkt ergibt.⁶¹ Liegt ein solcher „Machttransfer auf einen Verbundmarkt“ vor, bei dem das marktbeherrschende Unternehmen seine Machtposition auf einem Markt – hier dem Markt für PC Betriebssysteme oder Office Suites – missbräuchlich einsetzt, um den Wettbewerb auf einem eng verbundenen Nachbarmarkt zu behindern – hier dem Markt für Outsourcing-Dienstleistungen –, so ist diese Verhaltensweise als missbräuchliche Behinderung gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB einzuordnen. Diese Praxis behindert den Wettbewerb spürbar, weil sie die Wahlmöglichkeiten der Abnehmer massiv einschränkt und die bestehenden Abhängigkeiten weiter vertieft. Dies führt zu höheren Preisen und behindert die Innovation auf dem Markt für Outsourcing-Dienstleistungen.

4. Keine Rechtfertigung des Missbrauchs

Art. 102 AEUV kennt anders als Art. 101 AEUV keinen ausdrücklich gesetzlich geregelten Freistellungs- oder Rechtfertigungstatbestand. Die Kommission erkennt gleichwohl zwei Rechtfertigungen missbräuchlichen Verhaltens an: (1.) objektiv notwendiges Verhalten und (2.) die Erzielung von Effizienzvorteilen.⁶² In diesem Zusammenhang prüft die Kommission dann auch zugleich, ob das fragliche Verhalten für das Erreichen des vom marktbeherrschenden Unternehmen verfolgten Ziels unverzichtbar und verhältnismäßig ist. Eine solche Prüfung der wirtschaftlichen Auswirkungen der Praxis im Einzelfall kann jedoch unterbleiben, wenn das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens im Grunde nur den Wettbewerb behindern kann, ohne Effizienzvorteile zu erzielen.⁶³ So liegt der Fall hier: Mit der Lizenzpraxis zielt Microsoft ausschließlich darauf, die Kosten für die Kunden konkurrierender Outsourcing-Anbieter in die Höhe zu treiben und sich auf diese Weise einen Vorteil zu verschaffen. Die restriktiven Lizenzbedingungen sind weder durch die Art der lizenzierten Programme noch durch die Struktur der betroffenen Märkte begründet, sondern sind allein das Ergebnis der strategischen Lizenzpolitik eines marktbeherrschenden Unternehmens. Die Lizenzbedingungen sind insbesondere auch nicht aus dem Gesichtspunkt einer erleichterten Sicherung der Urheberrechte an den Programmen gerechtfertigt. Microsoft lässt Outsourcing anderer Programme – bei denen die Stellung auf den Märkten weniger dominant ist – und teilweise auch durch kleinere Outsourcing-Anbieter zu. Auch bleibt der Lizenznehmer in der Verantwortung für die Einhaltung der Lizenzbedingungen, so dass ein Kontrollverlust durch Microsoft als Rechtsinhaber nicht zu befürchten ist.

5. Vertikalvereinbarung gemäß Art. 101 AEUV

Vereinbarungen zwischen Microsoft und den Geschäftskunden, Programme nicht im Outsourcing-Modell zu verwenden, könnten als Vertikalvereinbarungen zwischen Unternehmen gemäß Art. 101 Abs. 1 AEUV anzusehen sein, welche eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs zwischen verschiedenen Anbietern bezwecken oder bewirken. Ein Wettbewerbsverstoß wäre dagegen abzulehnen, wenn eine Freistellung der Vereinbarung durch eine von der Europäischen Kommission auf Grundlage von Art. 101 Abs. 3 AEUV erlassene Gruppenfreistellungsverordnung erfasst wäre.

Eine Freistellung nach der Gruppenfreistellungsverordnung für Technologie-

61 So BGH GRUR 2004, 706, 707 f. – Der Oberhammer zur Kopplung von ISDN-Anschluss mit Internetzugang durch die Deutsche Telekom. Vgl. allgemein zur Kopplungsbindung *Loewenhein* in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, § 19, Rn. 35; *Markert/Fuchs* in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2019, § 19 GWB, Rn. 182 ff.

62 Vgl. Mitteilung der Kommission, supra Fn. 55, Rn. 28 ff.

63 Vgl. Mitteilung der Kommission, supra Fn. 55, Rn. 22.

Transfervereinbarungen 316/2014/EU scheidet bei den hier interessierenden Lizenzverträgen zwischen ERP-Anbietern und ihren Kunden aus, weil entsprechende Lizenzverträge nicht auf die Produktion von Vertragsprodukten durch den Lizenznehmer im Sinne von Art. 1 Abs. 1 lit. c) der Verordnung abzielen.⁶⁴ Die Microsoft-Lizenzbestimmungen sind auch nicht nach der Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen 333/2010/EU freigestellt. Nach Art. 2 Abs. 3 der Vertikal-GVO greift die Freistellung nur ein, wenn etwaige Bestimmungen über geistige Eigentumsrechte nicht den Hauptgegenstand der Vereinbarung bilden. Dies ist bei reinen Softwarelizenzverträge jedoch der Fall.⁶⁵

Die hier in Frage stehenden Microsoft-Lizenzverträge unterfallen damit keiner GVO gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV, so dass insoweit im Rahmen einer Einzelfallprüfung zu untersuchen ist, ob die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 1 AEUV gegeben sind und, wenn ja, ob die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 AEUV für eine Freistellung im Einzelfall erfüllt sind.⁶⁶ Dabei legt die Formulierung in Art. 101 Abs. 1 lit. e) AEUV, wonach „die an den Abschluss von Verträgen geknüpfte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen“ als wettbewerbswidrig einzuordnen sind, es zwar nahe, die zu Kopplungsbindungen durch marktbeherrschende Unternehmen entwickelten Grundsätze auch auf Vereinbarungen zwischen Unternehmen i.S.d. Art. 101 AEUV anzuwenden. Die Anforderungen an die Annahme eines Wettbewerbsverstößes sind des Art. 101 AEUV jedoch deutlich restriktiver, weil die Vorschrift keine Marktbeherrschung verlangt. Art. 101 Abs. 1 lit. e) AEUV setzt voraus, dass der Abschluss eines Vertrags von der Bedingung abhängig gemacht wird, dass zusätzliche Leistungen durch den Vertragspartner abgenommen werden.⁶⁷ Dagegen erfüllen lediglich ökonomisch wirkende Anreize wie die Gewährung besonderer Rabatte bei gleichzeitigem Bezug zweier Produkte den Tatbestand nicht.⁶⁸ Der Grund für die großzügige Beurteilung von indirekten Kopplungsbindungen bei vertikalen Vereinbarungen ohne Beteiligung eines marktbeherrschenden Unternehmens liegt darin, dass die ökonomischen Auswirkungen vertikaler Bindungen von Anbietern, die sich im Wettbewerb mit anderen Anbietern befinden, nicht zwangsläufig negativ für die Verbraucher sein müssen. Sie können zu einer Öffnung oder einer Verstärkung des Wettbewerbs auf dem benachbarten Markt führen.⁶⁹ Entsprechend positive Effekte für den Wettbewerb wären aber durch Microsoft darzulegen. Auch wenn das Regelbeispiel der Kopplungsbindung tendenziell zu verneinen ist, käme ein Verstoß gegen den Grundtatbestand des Art. 101 Abs. 1 AEUV in Frage.

Seit der 7. GWB-Novelle 2005 läuft § 1 GWB inhaltlich grundsätzlich mit Art. 101 Abs. 1 AEUV parallel. Nach § 1 GWB darf die Beurteilung im Grundsatz nicht anders ausfallen als nach Art. 101 Abs. 1 AEUV. Das gilt auch dann, wenn kein zwischenstaatlicher Sachverhalt vorliegt.⁷⁰

64 Leitlinien der Kommission zur Technologietransfer-GFVO, Abl. C 89/3 v. 28.3.2014, Rn. 58 ff.

65 Leitlinien der Kommission zur Vertikal-GFVO, Abl. C 130/1 v. 19.5.2010, Rn. 35 sowie die Beispiele in den Rn. 41 ff.

66 S. Leitlinien der Kommission zur Vertikal-GFVO, Rn. 41.

67 S. Leitlinien der Kommission zur Vertikal-GFVO, Rn. 214

68 So ausdrücklich *Zimmer* in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2019, Art. 101 AEUV, Rn. 229 ff.; vgl. auch *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Auflage 2014, § 12, Rn. 49 ff.

69 Vgl. hierzu auch die S. Leitlinien der Kommission zur Vertikal-GFVO, Rn. 214 sowie die Leitlinien zur Anwendung Technologietransfer-GFVO, Abl. C 89/3 v. 28.3.2014, Rn. 221.

70 Siehe Begr. RegE 7. GWB-Novelle, BT DS 15/3640, S. 21. Siehe auch *Grave/Nyberg* in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, § 1, Rn. 2.

6. Neue Instrumente des Wettbewerbsrechts für die Digitalwirtschaft

Die hier geprüften Lizenzbedingungen von Microsoft werfen schon bei Anwendung der bisherigen Grundsätze des Kartellrechts erhebliche Probleme auf. Diese dürften sich in Zukunft noch verschärfen. Der deutsche und der europäische Gesetzgeber haben in jüngerer Zeit mit Gesetzesänderungen bzw. -vorschlägen auf die zunehmende Wettbewerbsbeschränkungen in der Digitalwirtschaft reagiert. Mit dem seit 19.1.2021 geltenden § 19a GWB wird dem Bundeskartellamt die Möglichkeit gegeben, eine „überragende marktübergreifende Bedeutung“ von Unternehmen der Digitalwirtschaft festzustellen. Hieran knüpfen dann verschärfte Anforderungen an das Verhalten im Wettbewerb an. Das Bundeskartellamt hat auf dieser Grundlage bereits Verfahren gegen Facebook, Amazon, Google und Apple eröffnet.⁷¹ Der Tatbestand der § 19a Abs. 1 i.V.m. § 18 Abs. 3a GWB würde eine entsprechende Feststellung auch zu Microsoft ermöglichen. Nach einer solchen Feststellung durch das Bundeskartellamt würden die verschärfte Anforderungen gemäß § 19a Abs. 2 GWB greifen. Für die hier in Frage stehenden Lizenzbedingungen wäre dann § 19a Abs. 2 Nr. 3 GWB zu beachten, wonach es dem Unternehmen untersagt werden kann,

„Wettbewerber auf einem Markt, auf dem das Unternehmen seine Stellung, auch ohne marktbeherrschend zu sein, schnell ausbauen kann, unmittelbar oder mittelbar zu behindern“

Das Verhalten von Microsoft auf dem Markt für Outsourcing- und Cloud-Dienste behindert Wettbewerber dadurch, dass die Nutzung bestehender On-Premises Lizenzen von wichtigen Microsoft-Produkten im Portfolio von Microsoft-Nutzern im Rahmen von Outsourcing-Modellen nur mit „Azure“ oder den Diensten der „Non-Listed Provider“ möglich ist. Die Nutzung im Outsourcing-Modell mit den Diensten der großen Wettbewerber wird dagegen ausgeschlossen. Dies behindert diese Wettbewerber zumindest mittelbar.

Zusätzliche Anforderungen könnten sich künftig aus dem „Digital Markets Act“ der EU ergeben, für den die Europäische Kommission Ende 2020 einen Vorschlag vorgelegt hat.⁷² Zwar sollen die Bestimmungen nur für „Gatekeeper“ gelten, die gemäß Art. 3 als „Betreiber zentraler Plattformdienste“ definiert und weiter spezifiziert werden. Unter „Plattformdienste“ fallen gemäß Art. 2 Abs. 2 f) jedoch auch Betriebssysteme, so dass Microsoft von den Bestimmungen erfasst sein dürfte. Zu den besonderen Anforderungen an „Gatekeeper“ gehört Art. 6 Abs. 1 f):

„Der Gatekeeper muss in Bezug auf jeden seiner zentralen Plattformdienste im Sinne des Artikels 3 Absatz 7: (...) gewerblichen Nutzern und Erbringern von Nebendienstleistungen den Zugang zu und die Interoperabilität mit denselben Betriebssystemen, Hardware- oder Software-Funktionen ermöglichen, die der Gatekeeper für die Erbringung von Nebendienstleistungen zur Verfügung hat oder verwendet.“

Die Bestimmungen des DMA sind noch nicht verabschiedet. Gleichwohl unterstützen sie den Trend des europäischen Wettbewerbsrechts, die Kombination verschiedener Software- und Dienstleistungsangebote zu fördern und entgegenstehende Verhaltensweisen zu sanktionieren.

⁷¹ Vgl. https://www.bundeskartellamt.de/DE/Wirtschaftsbereiche/Digitale_Wirtschaft/digitale_wirtschaft_node.html.

⁷² Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor (Gesetz über digitale Märkte), 15.12.2020, COM(2020) 842 final.

1. Transparenzgebot

Die Lizenzbedingungen von Microsoft sind schließlich auch mit Blick auf die Vorgaben des AGB-Rechts angreifbar. Hier ist zunächst das Transparenzgebot zu nennen. Gemäß § 307 Abs. 1 S. 2 BGB kann sich die Unangemessenheit einer AGB-Klausel daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist. Das damit zum Ausdruck gebrachte Transparenzgebot gilt auch für Verträge zwischen Unternehmen, § 310 Abs. 1 BGB. Allerdings ist für Vertragsklauseln, die sich an Unternehmenskunden richten, nicht der strenge Maßstab der EuGH-Rechtsprechung zur Transparenz von AGB-Klauseln anzuwenden.⁷³ Vielmehr ist nach der Rechtsprechung des BGH bei der Bewertung der Transparenz einer Vertragsklausel auf die Erwartungen und Erkenntnismöglichkeiten eines durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders im Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen.⁷⁴ An die Geschäftsgewandtheit des unternehmerisch tätigen Vertragspartners dürfen dabei höhere Anforderungen gestellt werden als an den Verbraucher.⁷⁵ Jedenfalls bei Verträgen zwischen Unternehmern verschiedener Handelsstufen innerhalb ein und derselben Branche kann regelmäßig ein höheres Fachwissen der Kundschaft vorausgesetzt werden.⁷⁶ Insoweit ist zu beachten, dass sich die hier in Frage stehenden Microsoft-Lizenzbestimmungen ausschließlich an Unternehmenskunden richten. Diese sind aber vielfach nicht selbst in der IT-Branche, sondern in anderen Wirtschaftszweigen tätig. Selbst wann man eine größere Erfahrung und Kenntnis von Software-Lizenzvereinbarungen bei Unternehmenskunden voraussetzt, müssen die AGB nach der BGH-Rechtsprechung gewisse Mindestanforderungen erfüllen, um nicht gegen das Transparenzgebot zu verstoßen:

„Das Transparenzgebot verpflichtet den Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen, den Regelungsgehalt einer Klausel möglichst klar und überschaubar darzustellen. Zudem verlangt das aus dem Transparenzgebot abgeleitete Bestimmtheitsgebot, dass die Klausel die wirtschaftlichen Nachteile und Belastungen soweit erkennen lässt, wie dies nach den Umständen gefordert werden kann.“⁷⁷

Die oben beschriebenen Lizenzbedingungen von Microsoft erfüllen diese Anforderungen nicht. Die Bestimmungen verweisen zwischen verschiedenen Dokumenten mit sich zum Teil überschneidenden und gegenseitig ausschließenden Begriffsbestimmungen hin und her.⁷⁸ Dass in der Gesamtschau der verschiedenen Bedingungen am Ende nur der von Microsoft selbst betriebene Outsourcing-Dienst „Azure“ oder die Dienste der „Non-Listed Provider“ für bestehende Lizenzen der in Frage stehenden Produkte verwendet werden kann, wird hinter komplexen Vertragskonstrukten versteckt. Die Klauseln zum Verbot des Outsourcing sind deswegen intransparent und verstoßen gegen § 307 Abs. 1 S. 2 BGB.

73 Grundlegend EuGH, 30.4.2014 – C-26/13 – Kasler/OTP Jelzalogbank Zrt, Ls. 2 und Rn. 71 ff.

74 BGH NJW 2016, 410, Rn. 22.

75 H. Schmidt in BeckOK/BGB, 58. Edition 2021, § 307, Rn. 50.

76 Wurmnest in MünchKommBGB, 8. Auflage 2019, § 307, Rn. 64

77 St. Rspr., vgl. nur BGH NJW 2016, 410, Rn. 22 m.w.N.

78 Kritisch zu dieser Praxis Redeker in Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 3. Auflage 2019, § 16, Rn. 17.

2. Inhaltskontrolle

Die Klauseln stellen zugleich eine unangemessene Benachteiligung gemäß § 307 Abs. 1 BGB i.V.m. § 307 Abs. 2 Nr. 1 dar. Gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB ist im Zweifel eine unangemessene Benachteiligung anzunehmen, wenn die vertragliche Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist. Die Regelung ist in erster Linie auf dispositive Regelungen des Vertragsrechts zugeschnitten, von denen zwar in Individualvereinbarungen abgewichen werden darf, für die bei abweichenden Klauseln in AGB aber die besonderen Anforderungen des § 307 BGB gelten.⁷⁹

Für Softwarelizenzverträge fehlt es bislang an dispositiven Regelungen, die als Leitbild für eine Prüfung gemäß § 307 BGB herangezogen werden können. Die Rechtsprechung hat allerdings schon seit langem anerkannt, dass sich wesentliche Grundgedanken des Gesetzes i.S.v. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB auch aus anderen als vertragsrechtlichen Gesetzen ergeben können, etwa aus Bestimmungen des Datenschutz- oder Lauterkeitsrechts.⁸⁰ In Anwendung dieser Rechtsprechung werden auch die urheberrechtlichen Grenzen der Vertragsfreiheit im Softwarelizenzrecht, die sich in den §§ 69c, 69d, 69e und 69g UrhG finden, zum Leitbild der Softwarelizenzverträge gezählt.⁸¹

Rechtsprechung zur AGB-rechtlichen Beurteilung von Outsourcing-Verboten liegt bislang nicht vor. Die einschlägige Literatur äußert sich jedoch eindeutig. So heißt es bei *Grützmaker* im Kommentar von Wandtke/Bullinger:

„Ein Verbot der Auslagerung (Outsourcing) verstößt gegen § 307 BGB, sofern das Programm nur für den berechtigten Nutzer betrieben wird.“⁸²

In gleicher Weise werden entsprechende Klauseln von *Spindler* im Kommentar von Schrickler/Loewenheim bewertet.⁸³

Ebenso deutlich, wenn auch bezogen auf das in den 2000er Jahren noch dominante Kaufvertragsmodell bei Software, heißt es bei *Söbbing*:

„Mit dem Rechtsgedanken des § 307 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB ist grundsätzlich nicht vereinbar, dass der Anwender in der mit seinem Eigentum an der Software einhergehenden grundsätzlichen Freiheit beliebiger Nutzung durch eine formularmäßig getroffene Regelung beeinträchtigt wird.“⁸⁴

Outsourcing-Verbote sind also schon auf Grundlage des geltenden Rechts im Hinblick auf § 307 Abs. 1, 2 BGB problematisch.

Künftig dürften sich aus den neu ins BGB aufgenommenen §§ 327 ff. BGB zu Verträgen über die Bereitstellung digitaler Produkte zusätzliche Argumente für die Inhaltskontrolle ergeben. Die Vorschriften setzen die Richtlinie (EU) 2019/770 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen⁸⁵ in das deutsche Recht um. Gemäß § 327b Abs. 3 BGB kommt der Anbieter eines digitalen Produkts seiner Pflicht zur Bereitstellung nach,

79 *Wurmnest* in MünchKom/BGB, 8. Auflage 2019, § 307, Rn. 66 f.

80 *Wurmnest* in MünchKom/BGB, 8. Auflage 2019, § 307, Rn. 70 m.w.N.

81 *Grützmaker* in Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 69d, Rn. 50 ff., § 69e, Rn. 26; *Wurmnest* in MünchKom/BGB, 8. Auflage 2019, § 307, Rn. 86 f.

82 *Grützmaker* in Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 69d, Rn. 55.

83 Siehe das Zitat oben bei Fn. 43.

84 *Söbbing*, MMR 2007, 479, 481.

85 Richtlinie (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.5.2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, ABl. EU 2019 L 136, 1.

„sobald der digitale Inhalt oder die geeigneten Mittel für den Zugang zu diesem oder das Herunterladen des digitalen Inhalts dem Verbraucher unmittelbar oder mittels einer von ihm hierzu bestimmten Einrichtung zur Verfügung gestellt oder zugänglich gemacht worden ist.“

Eine Bereitstellung auf einer „hierzu bestimmten Einrichtung“, worunter die Begründung des Regierungsentwurfs ausdrücklich Cloud-Dienste versteht, ist danach möglich, wenn sich der Verbraucher für diese Möglichkeit entscheidet.⁸⁶ Der Begründung des Gesetzesentwurfs ist zwar nicht eindeutig zu entnehmen, ob der Unternehmer bei einer entsprechenden Wahl des Verbrauchers nur noch von seiner Leistungspflicht frei wird, wenn er das digitale Produkt direkt auf dem Cloud-Dienst abspeichert oder ob er weiter auch mit befreiender Wirkung unmittelbar an den Verbraucher leisten kann. Das Gesetz geht aber ohne Weiteres davon aus, dass der Verbraucher eine Speicherung auf einem Cloud-Dienst wählen kann. Abweichende Vereinbarungen zum Nachteil des Verbrauchers sind gemäß § 327s Abs. 1 BGB ausgeschlossen. Die Vorschriften sind auf Verträge anzuwenden, die nach dem 1.1.2022 geschlossen werden. Sie gelten unmittelbar nur für Verbraucherverträge. Während des Gesetzgebungsverfahrens wurde angemahnt, die §§ 327 ff. BGB – mit Ausnahme der verbraucherspezifischen Vorschriften, wozu § 327b BGB jedoch nicht zählt – auch für B2B-Verträge für anwendbar zu erklären.⁸⁷ Hierzu konnte sich der Gesetzgeber nicht durchringen. Die Regelungen dürften im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung und im Rahmen des § 307 BGB für B2B-Verträge gleichwohl als neues Leitbild Bedeutung erlangen. Im Rahmen der AGB-Kontrolle zwischen Unternehmen dürfte § 327b Abs. 3 BGB künftig „Indizwirkung“ zukommen.⁸⁸

Gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 ist eine unangemessene Benachteiligung „im Zweifel“ anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist. Aus einer Abweichungen von den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung aus folgt nicht automatisch die Unwirksamkeit der Klauseln. Die Argumentationslast, es handle sich ausnahmsweise doch um keine unangemessene Benachteiligung, liegt dann aber beim Verwender der Klausel.⁸⁹ Denkbare Argumente aus der Sicht des Softwareherstellers, die für eine Beschränkung der Nutzungsmöglichkeiten des Lizenznehmers sprechen, müssen dafür im Einzelnen belegt werden. Pauschale Hinweise auf die Verhinderung von Missbrauch, die fehlende Kontrollmöglichkeit oder ein vermeintlich legitimes zusätzliches Vergütungsinteresse greifen beim Outsourcing jedenfalls dann nicht durch, wenn der Vertragspartner des Softwareherstellers Lizenznehmer und damit den vertraglichen Vorkehrungen des Softwareherstellers unterworfen bleibt.⁹⁰ Dass dem Lizenznehmer gestattet wird, die Software im Cloud-Angebot des Softwareherstellers zu verwenden, hilft der Unangemessenheit der Klausel nicht ab, weil der Vertragspartner auch in diesem Fall übermäßig in der Nutzung der Software eingeschränkt wird. Dabei bleibt es dem Softwarehersteller unbenommen, die gleichzeitige Nutzung der Software auf mehreren Rechnern des Lizenznehmers oder auch eine Mehrplatznutzung im Outsourcing-Modell zu untersagen und sich entsprechende Auskunfts- und Kontrollrechte vorzubehalten.

86 Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, 17.3.2021, BT-Drks. 19/ 27653, 46.

87 So insb. Faust, Stellungnahme zur Anhörung des Rechtsausschusses vom 5.5.2021, abrufbar unter https://www.bundestag.de/ausschuesse/a06_Recht/anhoeerungen/836770-836770, 2 f.

88 Speziell zur „Reflexwirkung“ der Vorschriften der Digitale Inhalte-RL Loos, JIPITEC 12 (2021) 229 Rn. 18. Vgl. allgemein zur Indizwirkung von Vorschriften aus dem Verbrauchervertragsrecht für die AGB-Kontrolle von B2B-Klauseln Basedow in MünchKommBGB, 8. Auflage 2019, § 310 Rn. 11-16; Wurmnest in MünchKommBGB, 8. Auflage 2019, § 307 Rn. 80 f.

89 Wurmnest in MünchKommBGB, 8. Auflage 2019, § 307 Rn. 65.

90 So auch Söbbing, MMR 2007, 479, 481. Die Kontrollmöglichkeiten der Softwarehersteller sind heute andere als im Jahr 2002, so dass fraglich ist, ob „strenge“ CPU-Klauseln – wie vom BGH in der Entscheidung CR 2003, 323 angenommen – heute noch mit § 307 BGB vereinbar wären. Tendenziell großzügiger auch noch Metzger, NJW 2003, 1994 f.

Im Ergebnis ist von der Unwirksamkeit eines pauschalen Verbots der Nutzung von Software im Outsourcing-Modell auszugehen. Dem Lizenznehmer muss jedenfalls gestattet werden, die Software statt auf eigener Hardware auf der eines Outsourcing-Dienstleisters seiner Wahl zu verwenden, sofern der Hersteller nicht im Einzelnen darlegt, dass mit einem solchen Outsourcing Missbrauchsgefahren einhergehen, die nicht durch entsprechende vertragliche und technische Vorkehrungen im Verhältnis zum Lizenznehmer ausgeräumt werden können. Die Microsoft-Lizenzbedingungen stellen folglich eine unangemessene Benachteiligung der Lizenznehmer gemäß § 307 Abs. 1 i.V. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB dar.

V FAZIT

Die Lizenzbedingungen von wichtigen Microsoft-Produkten, welche eine Nutzung von bestehenden Lizenzen im Outsourcing-Modell erschweren oder sogar 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 Recht entschließen.