

# Gebrauchtsoftware: eine zwingende Alternative

Bei der Beschaffung von Standard-Software machen viele Behörden immer noch keinen Gebrauch vom wachsenden Angebot auf dem „Gebrauchtsoftware“-Markt. Zu Unrecht – und zwar im ganz wörtlichen Sinne: Denn nach den Grundsätzen des Vergaberechts sind sie in der Regel sogar verpflichtet, Anbieter von Gebrauchtsoftware bei der Ausschreibung zu berücksichtigen. Mehr noch: Vergaberechtliche Grundsätze wie etwa das Wirtschaftlichkeitsprinzip können sogar dazu führen, dass ihnen der Zuschlag erteilt werden muss.

von Dr. Claudia Nottbusch, Fachanwältin für Verwaltungsrecht

Seit einigen Jahren ist der Markt für Standardsoftware in Bewegung geraten: Anbieter von „Gebrauchtsoftware“ machen den Herstellern Konkurrenz – mit deren eigenen Produkten. Inzwischen hat sich ein Markt etabliert, auf dem alle gängigen Standard-Software-Produkte auch „gebraucht“ erhältlich sind, häufig sogar in der neuesten Version. Weil gebrauchte Software sich nicht abnutzt, steht sie neuer Software in nichts nach – außer im Preis: Denn gebrauchte Software ist bis zu 50 Prozent günstiger als neue.

Vor allem bei Standardanwendungen, die in Büros tausendfach benötigt werden, bieten sich für Behörden attraktive Möglichkeiten, ihren Haushalt zu entlasten – ein Angebot, von dem bereits über 150 Behörden Gebrauch machen, darunter die Städte München und Flensburg, die Landkreise Viersen und Nordfriesland, städtische Betriebe in Augsburg und Cottbus oder das Bundessozialgericht in Kassel. Die Einsparungen, die diese Kommunen über den neuen Beschaffungsweg erzielen, sind beträchtlich.

## Einsparpotenziale noch wenig genutzt

Trotzdem nutzen längst nicht alle Behörden diese Einsparpotenziale für sich aus. Diese Zurückhaltung von Behörden beruht größtenteils auf Unkenntnis zweier Tatsachen. Die erste Tatsache ist: Der Kauf von gebrauchter Standard-Software ist legal: Nachdem der Hersteller ein Vervielfältigungsstück der Software verkauft und dadurch in den Verkehr gebracht hat, erschöpft sich sein Recht, dessen weitere Verbreitung zu reglementieren.

Dies gilt, entgegen einer immer noch verbreiteten Ansicht nicht nur für Einzellizenzen auf CD. Unlängst entschied das Landgericht München in einem rechtskräftigen Urteil (Az. 30 O 8684/07), dass auch einzelne Software-Lizenzen aus Microsoft-Volumenlizenzverträgen „gebraucht“ weiterverkauft werden dürfen. Das Landgericht urteilte, „dass der Verkauf bzw. die Veräußerung einzelner Microsoft-Software-Lizenzen, die zuvor im Rahmen von Volumenlizenzverträgen abgegeben worden waren, auch ohne Zustimmung von Microsoft im Grundsatz wirksam möglich ist.“ Das Landgericht München schloss sich damit dem Landgericht Hamburg (Az. 315 O 343/06) an. Das gilt grundsätzlich für alle gängigen Standard-Anwendungen aus den genannten Volumenlizenzverträgen. Was hingegen dazu

in den Lizenzbedingungen der Hersteller zu lesen ist, ist nach Auffassung der Richter regelmäßig unwirksam. Software-Hersteller können durch ihre AGBs geltendes Recht nicht aushebeln.

Zum selben Ergebnis kommt jüngst ein eigens von der Stadt Arnberg eingeholtes Gutachten des renommierten Urheberrechtlers Prof. Dr. Matthias Leistner. Er hat in seinem Behördengutachten (das konkret Microsoft-Standard-Software betraf) den Verkauf gebrauchter Softwarelizenzen ohne Zustimmung des Herstellers als urheberrechtlich zulässig bestätigt. Damit müssen Angebote von Gebrauchtsoftwarehändlern auch in Ausschreibungen für den Zuschlag berücksichtigt werden (siehe Pressemitteilung der Stadt Arnberg vom 5. Dezember 2008, unter [www.arnsberg.de](http://www.arnsberg.de)). Dies ist die zweite häufig noch unbekannte Tatsache.

Auch die Vergabekammer Düsseldorf entschied kürzlich in einem Nachprüfungsverfahren (rechtskräftiger Beschluss vom 23. Mai 2008, Az. VK-7/2008 L), dass Behörden verpflichtet sind, bei der Ausschreibung von Standard-Software Anbieter gebrauchter Software zuzulassen. Der Ausschluss von Gebraucht-Software-Anbietern verstoße gegen das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und gegen die VOL/A.

Das Vergaberecht schreibt die Berücksichtigung von Gebrauchtsoftware-Anbietern in bestimmten Fällen sogar vor. Der Auftraggeber legt als Herr des Verfahrens in eigener Verantwortung fest, welche Softwareprodukte und welche Programmversion er ausschreibt. Sind auch Gebrauchtsoftware-Anbieter in der Lage, das zu liefern, was die Behörde nachfragt, sind sie bei Ausschreibungen ebenfalls zu berücksichtigen. Bei Standardsoftware wie etwa Betriebssystemen und Office-Anwendungen wird dies in der Regel der Fall sein.

Dabei ist zu beachten, dass dem Gebrauchtmittel sowohl aktuelle Versionen als auch ältere Programme in großem Umfang zur Verfügung stehen. Dabei muss neu nicht unbedingt besser sein. Häufig reichen die Funktionalitäten älterer Programmversionen aus oder werden den Anforderungen des Auftraggebers sogar besser gerecht. Zu berücksichtigen ist auch, dass eine neue Version Einarbeitungszeit verlangt und nicht selten mit höheren Hardwareanforderungen verbunden ist. Gibt es Schnittstellen zu weiterer Software, ist zu prüfen, ob das neue Produkt noch kompatibel ist. Da ältere Versionen vom Hersteller aber meist nicht mehr angeboten werden, sind hier gebrauchte Lizenzen der einzige Weg. Allerdings bietet der Software-Gebrauchtmittelmarkt ebenso die Möglichkeit, beim Kauf aktueller Versionen die Kosten erheblich zu senken.

### **„Offenes“ Vergabeverfahren**

Bei solchen Standardprodukten muss die Ausschreibung diskriminierungsfrei in einem so genannten „offenen Verfahren“ erfolgen. Das heißt, die Beschaffung muss öffentlich ausgeschrieben werden, und der Anbieterkreis ist nicht beschränkt. Ab einem Auftragswert von 206.000 EUR erfolgt die Ausschreibung europaweit, darunter zumindest national, bei grenzüberschreitendem Interesse auch über die deutschen Grenzen hinaus.

Auch Anbieter gebrauchter Software müssen, so die Vergabekammer Düsseldorf, dabei die Möglichkeit haben, ihr Angebot abzugeben. Voraussetzung für die Bewerbung sei lediglich, dass sie das entsprechende Produkt auch liefern können. Eine Software-Beschaffung ohne öffentliche Ausschreibung hielt die Vergabekammer Düsseldorf für vergaberechtlich unzulässig, ebenso eine Beschränkung der Ausschreibung auf Microsoft Large Account Reseller (LAR-Händler). Denn, so die

Vergabekammer: "Die nachgefragten Produkte (Standard-Software) können rechtlich unbeanstandet auch von anderen als von LAR-Händlern angeboten werden." Die Vergabekammer hob das auf Microsoft LAR-Händler beschränkte Vergabeverfahren auf und forderte eine diskriminierungsfreie Ausschreibung.

Jeder Anbieter, der ein der Leistungsbeschreibung entsprechendes Produkt anbieten kann, darf laut Gesetz ein Angebot abgeben und hat den Anspruch, dass dieses Angebot entsprechend berücksichtigt wird. Dies gilt selbstverständlich auch für seriöse Anbieter gebrauchter Software. Denn erstens sind sie durchaus in der Lage, das zu liefern, was die Behörde sucht. Da gebrauchte Software sich nicht ‚abnutzt‘, ist ein gebrauchtes Windows XP so gut wie ein neues. Tatsächlich genügen auch ältere Programmversionen fast immer den Anforderungen der Praxis.

Zweitens gilt im Vergaberecht der Wettbewerbsgrundsatz. Das heißt, dass die Behörde verpflichtet ist, möglichst viele leistungsfähige Anbieter an der Ausschreibung zu beteiligen. Ein Ausschluss von Anbietern wegen rechtlicher Bedenken bzw. Ungewissheit oder wegen Fehlens einer höchstrichterlichen Entscheidung ist nach der klaren Entscheidung der Vergabekammer Düsseldorf unzulässig. Darauf hatte bereits das Oberlandesgericht Düsseldorf in einem Urteil aus dem Jahre 2005 (Az. VII Verg. 91/04) hingewiesen.

Drittens wird der Wettbewerbsgrundsatz noch flankiert vom vergaberechtlichen Diskriminierungsverbot. Konkreter: Ungleichbehandlungen von Anbietern sind nur aus sachlichen Gründen zulässig. Ein solcher sachlicher Grund liegt aber bei einem seriösen, leistungsfähigen Anbieter von Standard-Gebrauchsoftware praktisch nicht vor.

### **Anbieter unter die Lupe nehmen**

Wie aber erkennt man einen seriösen Anbieter? Entscheidend ist, dass der Anbieter nachweisen kann, tatsächlich Inhaber der angebotenen Software-Lizenz zu sein. Wann aber darf der Händler diese Lizenz verkaufen? Zur Veräußerung befugt ist der Anbieter dann, wenn er der einzige Rechteinhaber der Software-Lizenz ist und niemand sonst. Ein probates Mittel, um dies nachzuweisen, ist ein Notartest über den ordnungsgemäßen Übergang der Lizenz vom Vorbesitzer auf den Händler. So etwas bieten manche Anbieter an. Die Zustimmung des Herstellers zur Weiterveräußerung oder die präventive weitergehende Offenlegung der Lizenzkette können hingegen nicht verlangt werden. Auch das von der Stadt Arnsberg eingeholte Rechtsgutachten hat ergeben, dass der Verkauf gebrauchter Standard-Software nicht von einer Zustimmung des Herstellers abhängt, und die Gerichte haben dies unisono bestätigt. Die Offenlegung der Angebotskalkulation kann im Normalfall ebenfalls nicht verlangt werden.

### **Preis-Leistungsverhältnis wichtigstes Zuschlagskriterium**

Haben alle Anbieter im Vergabeverfahren ordnungs- und fristgemäß ihre Angebote abgegeben, muss die Behörde schließlich entscheiden, wer den Zuschlag erhält. Auch hier gibt ihr das Vergaberecht Entscheidungskriterien vor: Maßgebliches Zuschlagskriterium ist das Wirtschaftlichkeitsprinzip. Entscheidend ist also das beste Preis-Leistungs-Verhältnis. Beim Kauf von Standard-Software bieten alle Anbieter das gleiche Produkt an. Eine Entscheidung anhand qualitativer Kriterien scheidet somit meistens aus. Daher ist hier der Preis regelmäßig das entscheidende Zuschlagskriterium, was aus Sicht der Behörde durchaus sachgerecht ist. Und der Preis ist bei gebrauchter Software in aller Regel

am besten. Dies kommt der öffentlichen Hand nachhaltig zugute – zumal alle Behörden an das haushaltsrechtliche Gebot gebunden sind, ihre öffentlichen Mittel sparsam zu verwenden. Behörden sind daher gut beraten, sich mit dem Thema Gebrauchts-Software zu beschäftigen.

Die dadurch zu erzielenden Einsparungen können sich sehen lassen: Die gängigen Betriebssysteme und Office-Anwendungen werden von einigen Anbietern bis zu 50 Prozent unter dem Neupreis angeboten. Gerade die chronisch unter Sparzwang stehenden Behörden können sich weder wirtschaftlich noch juristisch eine Nichtberücksichtigung von Gebrauchtssoftware-Anbietern leisten. Und sie können das, was sie beim Kauf von Software sparen, in ihre Kernaufgaben investieren. Damit ist allen gedient.