

Das Geschäftsmodell der SAP (3/6)

Susensoftware greift drei Klauseln der SAP AGB an

Herzogenrath, 23. Juli 2013. – **SAP verwendet aktuell Allgemeine Geschäftsbedingungen zur „Überlassung und Pflege von Standardsoftware“ mit Stand vom 15. Juli 2011. Am 25. Oktober 2012 hat susensoftware Klage wegen Wettbewerbsbehinderung gegen SAP eingereicht und drei Klauseln in den AGB bemängelt. SAP hingegen hält alle angegriffenen Klauseln für rechtlich unbedenklich. Am 7. August 2013 findet eine erste mündliche Verhandlung in Hamburg statt.**

1. angegriffene Klausel aus den SAP AGB

Regelungen zur Weitergabe der SAP-Software

Ziffer 2.4.2 der AGB lautet wie folgt:

„Die Weitergabe der SAP Software bedarf in jedem Fall der schriftlichen Zustimmung von SAP. SAP wird die Zustimmung erteilen, wenn der Auftraggeber eine schriftliche Erklärung des neuen Nutzers vorlegt, in der sich dieser gegenüber SAP zur Einhaltung der für die SAP Software vereinbarten Regeln zur Einräumung des Nutzungsrechts verpflichtet, und wenn der Auftraggeber gegenüber SAP schriftlich versichert, dass er alle SAP Software Originalkopien dem Dritten weitergegeben hat und alle selbst erstellten Kopien gelöscht hat. SAP kann die Zustimmung verweigern, wenn die Nutzung der SAP Software durch den neuen Nutzer ihren berechtigten Interessen widerspricht.“

Susensoftware beanstandet die zwingende („in jedem Fall“) Verknüpfung einer Weitergabe der Software mit der Zustimmung von SAP. Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat im Juli 2012 entschieden, dass sich ein Softwarehersteller dem Weiterverkauf der Software durch den Ersterwerber nicht widersetzen darf, soweit bestimmte Voraussetzungen eingehalten werden. SAP hat auf dieses Grundsatzurteil des EuGH aber überhaupt nicht reagiert und verwendet weiterhin AGB, die die Weitergabe der Software an die zwingende Zustimmung der SAP koppeln. Diese Praxis widerspricht

nach Auffassung von susensoftware der Rechtsprechung des EuGH. Der EuGH hat ausdrücklich auf den Handel mit Gebrauchtsoftware den urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatz für anwendbar erklärt, der dem Erwerber der Software die Möglichkeit gibt, die Software an Dritte weiterzugeben.

Dass die AGB von SAP auch nach dem EuGH-Urteil von SAP noch weiterhin im geschäftlichen Verkehr benutzt werden ist nach Ansicht von Axel Susen und auch vielen Anwendern ein unlauteres Verhalten im Wettbewerb da die SAP mit der Klausel die Softwareerwerber (also die Softwarenutzer) unangemessen benachteiligt. Eine solche unangemessene Benachteiligung durch AGB kann auch von Wettbewerbern unter dem Gesichtspunkt einer Wettbewerbsverletzung beanstandet werden.

Der Erwerb der SAP Standard-Software durch einen Kunden ist nach herrschender Rechtsprechung als Sachkauf einzuordnen, auf den die kaufrechtlichen Vorschriften des BGB Anwendung finden. Bringt die SAP eine Software in den Verkehr, kann der rechtmäßige Erwerber (= der Käufer) die Software für sich nutzen. Gibt der Erwerber die Nutzung endgültig auf, so ist ihm aufgrund der eingetretenen Erschöpfung des urheberrechtlichen Verbreitungsrechts ein Weiterverkauf unter bestimmten Voraussetzungen möglich. Dies hat der Europäische Gerichtshof durch sein Grundsatzurteil vom Juli 2012 bestätigt.

Mit dem wesentlichen Grundgedanken des Erschöpfungsgrundsatzes ist es indes nicht vereinbar, dass SAP die Weitergabe von SAP Software in jedem Fall von ihrer Zustimmung abhängig macht, so dass die streitgegenständliche Klausel einer AGB-rechtlichen Kontrolle nicht standhält. Die SAP-Kunden sind nicht berechtigt, die Software wie ihr Eigentum zu nutzen und entsprechend der grundgesetzlich verbürgten Eigentumsgarantie frei darüber zu verfügen. SAP wäre aber verpflichtet, ihren Kunden dieses Recht einzuräumen, da die Pflicht zur vollständigen Eigentumsübertragung mit allen Konsequenzen eine Kardinalpflicht aus dem schuldrechtlichen Kaufvertrag darstellt. Der Erwerber wird Eigentümer und hat gemäß § 903 BGB grundsätzlich das Recht, mit der Sache nach Belieben zu verfahren und andere von jeder Einwirkung auszuschließen. SAP stempelt ihre Kunden aber mit

der streitgegenständlichen AGB-Klausel zu Eigentümern zweiter Klasse und verwehrt ihnen das aus dem Eigentumsprinzip fließende wesentliche Recht, das Eigentum nach §§ 929 ff. BGB weiter zu übertragen. Die Voraussetzung, dass SAP der Weiterveräußerung zwingend zustimmen muss, stellt mithin einen wesentlichen Verstoß gegen den urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatz und gegen die aus dem Veräußerungsgeschäft fließenden Kardinalpflichten dar.

Durch diese unangemessene Benachteiligung der SAP-Kunden behindert die SAP auch den fairen Handel mit Gebrauchtsoftware, so dass aus Sicht von susensoftware ein Wettbewerbsverstoß vorliegt. Der SAP-Kunde sollte es daher nicht hinnehmen müssen, dass er vor einer Weiterveräußerung der von ihm gekauften Sache um Zustimmung ersuchen muss.

Satz 2 der Klausel in Ziffer 2.4.2 (wonach SAP stets die Zustimmung erteilt, wenn der Ersterwerber eine schriftliche Erklärung des neuen Nutzers vorlegt, in der sich dieser gegenüber SAP zur Einhaltung der mit SAP vereinbarten Regeln zur Einräumung des Nutzungsrechts verpflichtet, und wenn der Ersterwerber gegenüber der SAP schriftlich versichert, dass er alle Originalkopien dem Dritten weitergegeben hat und alle selbst erstellten Kopien gelöscht hat) ändert an der Rechtswidrigkeit des Zustimmungserfordernisses nichts.

Insbesondere schränkt SAP diese für den Kunden vermeintlich günstige Regelung sogleich wieder durch Satz 3 ein und behält sich eine Verweigerung der Zustimmung ausdrücklich vor:

„wenn die Nutzung der SAP Software durch den neuen Nutzer Ihren berechtigten Interessen widerspricht“.

Wie oben bereits erläutert wurde, gehört es zu den kaufvertraglichen Kardinalpflichten des Verkäufers, dem Erwerber das Eigentum an der Kaufsache zu verschaffen und damit gemäß § 903 BGB das Recht, über die Sache frei verfügen zu können. Der Käufer erhält insoweit eine endgültige Rechtsposition an der Kaufsache, weshalb käuflich erworbene Software grundsätzlich frei verkauft werden kann. Das bedeutet, dass der Erwerber der Software die Software und das damit verbundene Nutzungsrecht selbst weiterveräußern kann, und zwar ohne bei seinem Verkäufer um eine Erlaubnis bitten zu müssen.

Die streitgegenständliche Klausel dürfte im Übrigen maßgeblich zur Verunsicherung des Ersterwerbers und eines potentiellen Zweiterwerbers beitragen: der Zweiterwerber kann sich erst sicher sein, dass er die Software erwerben und nutzen kann, wenn ihm die Zustimmung der SAP als ursprünglicher Verkäufer vorliegt. Es liegt damit allein in der Hand der SAP, den zeitlichen Ablauf zu steuern, zu verzögern, Nachfragen zu stellen und schließlich ihre „berechtigten Interessen“ in Gefahr zu sehen. Ersterwerber und Zweiterwerber wird insoweit eine erhebliche Rechtsunsicherheit auferlegt, die ebenfalls eine unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 307 I BGB darstellt.

„Bei der Regelung zur Weitergabe der SAP-Software handelt es sich um eine in vielen Lizenzverträgen zu findende Regelung, die die kaufrechtlichen Befugnisse eines Kunden einschränken. Es ist wünschenswert, dass das Hamburger Gericht deutlich macht, dass ein Kaufvertrag dem Käufer umfassende Befugnisse, auch bei dem Erwerb einer Software gibt. Bei einer Parallele zum Autokauf wird deutlich, wie wenig eine Weitergabe-Klausel zum Kaufvertrag passt: Übertragen auf den Erwerb eines Fahrzeugs müsste die Klausel dann heißen: >Die Weitergabe des Kraftfahrzeuges bedarf in jedem Fall der schriftlichen Zustimmung von VW oder BMW.< Eine solche Regelung würde einen „Aufschrei“ nach sich ziehen“, meint Rechtsanwalt Thomas Feil, Fachanwalt für IT-Recht, aus Hannover. „Bei Software wurden solche Regelungen bisher hingenommen.“

2. angegriffene Klausel aus den SAP AGB

Regelungen zu Vermessung und Zukauf

Ziffer 3 der aktuellen AGB von SAP lautet wie folgt:

„3. VERMESSUNG / ZUKAUF

3.1 Jede Nutzung der SAP Software, die über die vertraglichen Vereinbarungen hinausgeht, ist SAP im Voraus schriftlich anzuzeigen. Sie bedarf eines gesonderten Vertrages mit SAP über den zusätzlichen

Nutzungsumfang (Zukauf). Der Zukauf erfolgt auf der Grundlage der zum Zeitpunkt des Zukaufs jeweils gültigen PKL.

3.2 SAP ist berechtigt, die Nutzung der SAP Software zu überprüfen (mindestens einmal jährlich und in Übereinstimmung mit SAP Standardverfahren, einschließlich Vermessungen vor Ort und/oder Remote-Vermessungen). Der Auftraggeber kooperiert bei der Durchführung solcher Vermessungen in angemessener Weise mit SAP. Die zumutbaren Kosten der Vermessung durch SAP werden vom Auftraggeber getragen, wenn die Vermessungsergebnisse eine nicht vertragsgemäße Nutzung aufzeigen.

3.3 Ergibt sich bei einer Vermessung oder in anderer Weise, dass die Nutzung der SAP Software durch den Auftraggeber über die vertraglichen Vereinbarungen hinausgeht, ist ein Vertrag mit SAP über den Zukauf abzuschließen. Abschnitt 3.1 Satz 2 und 3 gelten entsprechend. Schadensersatz bleibt vorbehalten.“

Susensoftware rügt im Rahmen der Klage die Verwendung von Ziffer 3.1. In der Praxis führt diese Klausel nämlich dazu, dass Kunden, die einmal SAP-Kunden sind, auch für immer SAP-Kunden bleiben müssen. Ein SAP-Kunde, der beispielsweise ein Paket von 100 SAP-Lizenzen vertraglich erworben hat, muss SAP schriftlich im Voraus anzeigen, falls sein tatsächlicher Bedarf über 100 Lizenzen hinaus gehen sollte: Ziffer 3.1: „ist der SAP im Voraus schriftlich anzuzeigen“. Benötigt der Kunde z.B. 20 zusätzliche Lizenzen, so ist er verpflichtet, diesen Bedarf SAP im Voraus schriftlich anzuzeigen und einen gesonderten Vertrag mit SAP über den zusätzlichen Nutzungsumfang zu schließen. Der Kunde darf nur bei SAP die 20 zusätzlichen Lizenzen zukaufen: Ziffer 3.1: „Sie bedarf eines gesonderten Vertrages mit SAP über den zusätzlichen Nutzungsumfang (Zukauf)“. Von Susensoftware darf der Kunde die 20 zusätzlich benötigten Lizenzen nicht erwerben, obwohl Susensoftware diese Lizenzen anbietet und nach dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs auch anbieten darf. Damit kann susensoftware keine Lizenzen an Kunden verkaufen, die bereits SAP-Kunden sind. Die SAP-Kunden sind aufgrund der AGB dazu verpflichtet, auch in Zukunft SAP Kunden zu sein. Susensoftware ist auf den Kreis an Kunden beschränkt, die bisher noch kein Vertragsverhältnis mit SAP eingegangen sind. Dadurch entstehen

Susensoftware maßgebliche Umsatzverluste. Darüber hinaus erlegt SAP ihren eigenen Kunden einen bedingungslosen Kontrahierungszwang auf.

„Mit einer solchen AGB-Regelung schränkt SAP die Nutzung der eigenen Software unzulässig ein.“ Nach Auffassung von Fachanwalt für IT-Recht Thomas Feil, Feil Rechtsanwaltsgesellschaft mbH ist es im Rahmen kaufvertraglicher Regelungen, die auch auf den Erwerb von Software anzuwenden sind, ein Unding, dass ein Zukauf mit dem Softwarehersteller SAP abzustimmen ist. „Mit solchen Regelungen schießt SAP vertraglich über das Ziel hinaus und versucht eine Monopolisierung der Software zu erreichen.“

„Im Übrigen erscheint es fraglich, ob die Vereinbarung eines Rechts zur jährlichen Vermessung als solche mit AGB-Recht in Einklang zu bringen ist. Das Urheberrecht geht von dem Leitbild aus, dass für die Geltendmachung urheberrechtlicher Ansprüche eine Bucheinsicht nicht vorgesehen ist. SAP fordert aber durch ihre Vermessung eine Art „Bucheinsicht“ unabhängig davon, ob es sich bei dem zu überprüfenden Kunden um einen Rechtsverletzter handelt, sondern nur, um eine abstrakte Prüfung des Nutzungsverhaltens vorzunehmen. Ein solches über die Regelungen des Urheberrechts hinausgehendes allgemeines Recht in AGB zu verankern, erscheint als unangemessene Benachteiligung im Sinne von § 307 BGB.“ erläutert Elisabeth Keller-Stoltenhoff, Rechtsanwältin aus München.

3. angegriffene Klausel aus den SAP AGB

Regelung zur Softwarepflege

In Ziffer 10.6 der AGB heißt es in Bezug auf Softwarepflege wie folgt:

„Die Pflege bezieht sich stets auf den gesamten Bestand des Auftraggebers an SAP Software, soweit SAP hierfür Pflege anbietet. Der Auftraggeber muss stets alle Installationen der SAP Software, für die SAP Pflege anbietet, (einschließlich durch eventuelle spätere Zukäufe oder im Rahmen der Pflege erworbener SAP Software) vollständig bei SAP in Pflege halten oder die Pflege insgesamt

kündigen. Diese Regelung umfasst auch SAP Software, die der Auftraggeber von Dritten bezogen hat, und für die SAP Pflege anbietet. Zukäufe verpflichten den Auftraggeber zur Erweiterung der Pflege auf Basis gesonderter Pflegeverträge mit SAP.“

Susensoftware beanstandet diese Klausel, da die zwingende Kopplung sämtlicher Installationen der Software an die Pflege bei SAP in der Praxis dazu führt, dass die SAP-Kunden faktisch gezwungen werden, SAP-Kunden zu bleiben und der Handel mit gebrauchter Software durch Susensoftware auch auf diesem Wege praktisch „ausgehebelt“ wird. Wie auch die oben bereits zitierte Klausel 3.1 zu Vermessung und Zukauf führt auch die genannte Klausel zu den Pflegeverträgen faktisch zu einem Kontrahierungszwang mit SAP. Würde ein bestehender SAP-Kunde seinen Lizenzumfang erweitern wollen und neue SAP-Lizenzen bei der Klägerin zukaufen wollen, dann wäre er einerseits nach Ziffer 3.1 der AGB verpflichtet, den erweiterten Bedarf SAP anzuzeigen und die Lizenzen von SAP zu erwerben (und nicht bei Susensoftware, s.o.). Andererseits wäre der Kunde auch gezwungen, den erweiterten Lizenzbedarf wiederum bei SAP in Pflege zu halten, da der Kunde entweder alle bestehenden Installationen vollständig bei SAP in Pflege halten oder die Pflege vollständig und für alle Installationen kündigen muss. Daher ist es auch nicht möglich, dass ein bestehender SAP-Kunde eine gebrauchte und nicht mehr genutzte SAP-Software gemeinsam mit einem bestehenden Pflegevertrag zu dieser Software weiter veräußert. Der Kunde muss vielmehr den Pflegevertrag rechtzeitig kündigen. Susensoftware hat unter diesen Bedingungen keine Möglichkeit, einmal bestehende SAP-Kunden als eigene Kunden zu gewinnen. Es besteht nur die Möglichkeit, potentielle Kunden anzusprechen, die noch nie Kunden von SAP waren.

Susensoftware bietet in Zusammenarbeit mit deutschen und international tätigen Servicepartnern Pflege für verschiedene SAP-Software-Produkte an, z.B. SAP R/3, SAP Business Suite oder mySAP ERP. Allerdings ist die angebotene Pflege nicht identisch mit den Pflegeleistungen, die SAP ihren Kunden anbietet. Susensoftware greift nicht in den geschützten Code der Software ein und darüber hinaus vermag sie auch keine Updates, Upgrades oder neue Releases

der Software zu liefern. Das Pflegeangebot beschränkt sich vielmehr auf die reine Fehlerbehebung und individuelle Weiterentwicklung . Es handelt sich um eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners, wenn die SAP ihre Kunden zwingt „stets alle Installationen der SAP Software, für die SAP Pflege anbietet ... vollständig bei SAP in Pflege zu halten oder die Pflege insgesamt zu kündigen.“ und den Kunden zu verpflichten, im Fall von Zukäufen „gesonderte Pflegeverträge mit SAP“ abzuschließen.

SAP argumentiert oft, dass Pflegeleistungen aus sachlich-technischen Gründen nicht aufgespalten werden können, da sie nach der Natur der Sache stets dem gesamten Nutzungsumfang zugute kommen. Das ist aber deshalb nicht der Fall, weil sich Pflegeleistungen meistens nur auf einen Teil der Software beziehen und deshalb nur diejenigen User betreffen, die auf den entsprechenden Server zugreifen, auf dem die Teile der Software installiert sind. Damit betreffen die Pflegeleistungen nicht den gesamten Nutzungsumfang.

Werden zum Beispiel Updates für ein bestimmtes Modul geliefert (z.B. für die Lohnabrechnung, SAP Modul HR), dann kommt dieses Update anderen Modulen nicht zugute. Da diese Software auf einem separaten Server installiert ist, wäre es für den Kunden ausreichend, nur diesen Server in der Pflege zu halten. Diese Entscheidung darf der Kunde nach den SAP AGB aber nicht treffen.

Plant der Kunde zusätzlich die Einführung einer SAP Installation in einer Niederlassung, so zwingt SAP den Kunden dazu, SAP Lizenzen in Pflege zu nehmen, obwohl das Geschäftsmodell des Kunden Pflegeleistungen des Herstellers nicht erfordert.

Bestimmte Leistungen kann aufgrund der Zugriffsrechte auf den Quellcode stets nur SAP selbst erbringen. Andere Pflegeleistungen aber, zum Beispiel die reine Fehlerbehebung, können unproblematisch auch von Dritten behoben werden. Mit der streitgegenständlichen Klausel nimmt SAP ihren Kunden aber jegliche Entscheidungsfreiheit, ob sie einen Drittanbieter mit der Fehlerbehebung beauftragen wollen. Ob das im Interesse des Kunden ist oder er dies aus reinen Kostengründen bevorzugt, darf er nicht selbst entscheiden. Darüber hinaus ist nicht verständlich, wieso sich die Pflege auf den gesamten Bestand der Software erstrecken muss und der Kunde nicht für einige

Softwareprodukte Pflege bei der Beklagten buchen darf und für andere Softwareprodukte nicht; oder für bestimmte SAP Serverinstallationen ja und für andere nicht. Es handelt sich auch hier um einen unverhältnismäßigen Kontrahierungszwang, der dem Kunden jegliche Wahl- und Entscheidungsfreiheit nimmt.

Nach Auffassung von Rechtsanwalt Thomas Feil, Hannover, kann ein Kunde nicht vertraglich gezwungen werden, ausschließlich beim Softwarehersteller die erworbene Software pflegen zu lassen. „Es ist kein rechtlicher Grund ersichtlich, der eine solche weitgehende Einschränkung der Kundenrechte rechtfertigt.“

SAP hat sich im Rahmen ihrer Stellungnahmen zur Klage zu den beanstandeten Klauseln wie folgt geäußert:

„Alle Klauseln enthalten einen der technischen Struktur der dem Kunden überlassenen Software entsprechenden angemessenen Interessenausgleich zwischen der SAP und ihren Kunden und stellen deshalb keine zielgerichtete Behinderung von Mitbewerbern dar. Diese Regelungen benachteiligen den (veräußerungswilligen) Kunden der Beklagten nicht unangemessen, sondern stellen einen angemessenen Interessenausgleich zwischen den Vertragsparteien dar.“

Dazu sagt die Hamburger Rechtsanwältin Dr. Jana Jentzsch, die susensoftware in dem Verfahren vor dem Landgericht Hamburg vertritt:

„Unserer Auffassung nach gibt es keinen angemessenen Interessenausgleich, wenn SAP das Urteil des EuGH weiterhin ignoriert und durch wettbewerbsbehindernde Allgemeine Geschäftsbedingungen einen fairen Handel mit Gebrauchtsoftware de facto unmöglich macht.“

2.513 Worte, 15.866 Zeichen

Kurzprofil susensoftware

Susensoftware hat sich darauf spezialisiert, sogenannte stille Software zu vermarkten. Darunter fallen gebrauchte Software Produkte und Lizenzen, die werthaltig angeschafft wurden, inzwischen in der Bilanz abgeschrieben sind und nicht mehr aktiv eingesetzt werden; meist von SAP und Microsoft.

Zu den Kunden gehören große international agierende Konzerne aus allen Branchen ebenso wie mittelständische Unternehmen mit mehr als 500 Mitarbeitern. Eingebunden

in ein Netzwerk von SAP Anwendern und SAP Serviceanbietern bietet Geschäftsführer Axel Susen seinen Kunden sinnvolle kaufmännische und technische Lösungen rund um SAP Softwarelizenzen und SAP Softwarepflege.

www.susensoftware.de

Bildmaterial

Axel Susen, Geschäftsführer susensoftware GmbH

http://www.susensoftware.de/unternehmen/presse/img/axel_susen_susensoftware_1.jpg

Der Weg der Stillen Software

http://www.susensoftware.de/unternehmen/presse/stille_software.JPG

Stille Software: Revolution aus Aachen

Warum betrifft Sie das? Vier Gründe dafür:

1. Technisch: Gebrauchte Software hat die gleiche Qualität wie neue, ungenutzte.
2. Wirtschaftlich: Gebrauchte Software ist für Anwender viel preisgünstiger als neue.
3. Juristisch: Die besten Juristen Deutschlands ringen um den freien Software-Handel.
4. Politisch: Wie viele Gesetze dürfen Weltmarktführer erfinden?