



**HOFFMANN
LIEBS
FRITSCH
& PARTNER**

RECHTSANWÄLTE

Hoffmann Liebs Fritsch & Partner · Kaiserswerther Straße 119 · 40474 Düsseldorf

G U T A C H T E N

zur rechtlichen Zulässigkeit der von der SAP Deutschland AG & Co.KG ausgesprochenen
„Änderungskündigungen“ im Zusammenhang mit der Umstellung des Pflegeangebots von
„SAP Standard Support“ auf „SAP Enterprise Support“

Gefertigt von

Peter Huppertz, LL.M.

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Informationstechnologierecht

Rechtsanwälte Hoffmann Liebs Fritsch & Partner

Kaiserswerther Strasse 119

40474 Düsseldorf

Tel.: +49 (2 11) 5 18 82 - 1 97

Fax: +49 (2 11) 5 18 82 - 2 30

peter.huppertz@hlfp.de

am

21. November 2008

Inhaltsverzeichnis

1	SACHVERHALT UND PRÜFUNGSUMFANG	3
1.1	SACHVERHALT	3
1.2	PRÜFUNGSGEGENSTAND	4
1.3	ENTWURF EINES SCHREIBENS AN SAP	4
2	FORMALE MÄNGEL DER ÄNDERUNGSKÜNDIGUNGEN	5
2.1	ZWEIJÄHRIGE MINDESTLAUFZEIT FÜR SOFTWAREPFLEGEVERTRÄGE	5
2.2	BERECHTIGUNG ZUR KÜNDIGUNG	6
2.3	BEZUGNAHME AUF § 15 ABS. 6 DER SAP AGB	7
2.4	SONSTIGE VON DEN SAP AGB ABWEICHENDEN SONDERREGELUNGEN	7
3	MINDESTDAUER VON PFLEGEVERTRÄGEN	8
3.1	EINSCHLÄGIGE RECHTSPRECHUNG	8
3.1.1	Bundesgerichtshof aus dem Jahr 1987	8
3.1.2	Rechtsprechung zur Mindestdauer von Pflegeverträgen	9
3.2	ANWENDBARKEIT DIESER RECHTSPRECHUNG	10
3.3	ZWISCHENERGEBNIS	11
4	KARTELLRECHTLICHE ERWÄGUNGEN – MISSBRAUCH EINER MARKTBEHERRSCHENDEN STELLUNG?	13
4.1	MARKTBEHERRSCHENDE STELLUNG	14
4.1.1	Relevanter Markt „ERP Software“?	14
4.1.2	Relevanter Markt „SAP Pflegeleistungen“?	15
4.2	MISSBRAUCH	16
4.2.1	Missbräuchlich überhöhter Preis	16
4.2.2	Kopplungsgeschäfte/Konditionenmissbrauch	17
4.3	DURCHSETZUNG DER KARTELLRECHTLICHEN BEDENKEN	19
4.4	ZWISCHENERGEBNIS	19
5	ZUSAMMENFASSUNG UND ERGEBNIS	20

1 Sachverhalt und Prüfungsumfang

1.1 Sachverhalt

Mit Schreiben vom 8. Juli 2008 teilte die SAP Deutschland AG & Co.KG („SAP“) mit, dass ihr Pflegeangebot von „SAP Standard Support“ auf „SAP Enterprise Support“ umgestellt wird. Im Nachgang zu dieser Ankündigung versandte SAP Änderungskündigungen an ihre Kunden mit denen zum Einen die bestehenden Pflegeverträge mit Wirkung zum 31. Dezember 2008 gekündigt und gleichzeitig ein Angebot auf Abschluss eines neuen Pflegevertrages ab dem 1. Januar 2009 unterbreitet wurde. Dieser neue Pflegevertrag bezieht sich auf den „SAP Enterprise Support“ dessen Vergütung stufenweise innerhalb von vier Jahren auf 22 % des Vertragspreises für die erworbene Standardsoftware erhöht wird. Hinsichtlich des Leistungsumfanges dieses neuen Pflegeangebots wird in den Kündigungsschreiben lediglich ausgeführt, dass „über den bisherigen Pflegeumfang hinausgehende Leistungen sich aus der jeweiligen SAP Preis- und Konditionenliste ergeben sollen. Weitere, konkrete Leistungsinhalte wurden seitens der SAP bislang nicht mitgeteilt.

Die gekündigten bzw. neu abzuschließenden Pflegeverträge beziehen sich auf die ERP Standardsoftware der SAP. Bis Dezember 2003 wurden diese unter dem Namen „SAP R/3“ geführt. Letztes Release für diese Version ist „SAP R/3 Enterprise 4.70 Extension Set 2.00“. Nachfolgeversion für „SAP R/3“ war „mySAP ERP 2004“ und wurde bis ca. 2007 unter dem Namen „mySAP ERP“ vermarktet. Seit 2007 wird das neueste Release der Standardsoftware unter dem Namen „SAP ERP 6.0“ (vorher auch mySAP ERP 2005) am Markt angeboten.

Für jede der vorgenannten Versionen gibt es einen von der SAP vorgegebenen Wartungszyklus. In der nachfolgenden Tabelle (Quelle: SAP AG 2007) sind die verschiedenen Wartungszeiträume für die jeweiligen Versionen dargestellt:



1.2 Prüfungsgegenstand

Prüfungsgegenstand dieses Gutachtens ist es, die seitens der SAP ausgesprochenen Änderungskündigungen daraufhin zu untersuchen, ob diese möglicherweise aus formalen, vertragsrechtlichen oder gegebenenfalls auch kartellrechtlichen Gründen unwirksam bzw. zumindest rechtlich bedenklich sind.

1.3 Entwurf eines Schreibens an SAP

Des Weiteren ist als Anlage zu diesem Gutachten der Entwurf eines Schreibens an die SAP beigefügt, in dem die in diesem Gutachten festgestellten rechtlichen Bedenken zusammengefasst sind. Zu berücksichtigen ist hierbei, dass der Entwurf lediglich die möglichen rechtlichen Argumente wiedergibt, die für einen zukünftigen Dialog mit der SAP im Rahmen der Änderung der derzeitigen Pflegestrategie hilfreich sein könnten. Der Entwurf ist vor Versendung in jedem Fall noch mit der Rechtsabteilung des jeweiligen Mitgliedsunternehmens abzustimmen und auf die spezifische Vertragssituation anzupassen. Insofern versteht sich der Entwurf eher als Anregung für ein Schreiben und nicht als ein ohne weitere Prüfung zu verwendendes „Muster“.

2 Formale Mängel der Änderungskündigungen

Jedes Unternehmen, das eine Änderungskündigung erhalten hat, wird auf Basis seiner individuellen Vertragssituation prüfen müssen, ob diese Kündigung aus formellen Gründen möglicherweise unwirksam ist. Nachfolgend sollen kurz einige „formelle“ Gründe aufgeführt werden, die möglicherweise bei mehreren Unternehmen einschlägig sein können.

2.1 Zweijährige Mindestlaufzeit für Softwarepflegeverträge

Soweit in den jeweiligen Pflegeverträgen nichts abweichendes geregelt ist, ergibt sich aus § 15.6 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der SAP für die Überlassung und Pflege von Standard-Software (Stand: Juni 2003), dass Vereinbarungen über die Softwarepflege von beiden Parteien schriftlich mit einer Frist von drei Monaten zum Ende eines Kalenderjahres gekündigt werden können, erstmals jedoch nach Ablauf von zwei vollen Vertragsjahren. Im Ergebnis verfügt daher grundsätzlich jeder Pflegevertrag über eine Mindestlaufzeit von zwei Jahren, innerhalb derer der Vertrag nicht gekündigt werden kann.

Zu berücksichtigen ist ferner, dass gemäß § 15.6, S. 3 der SAP AGB bestimmt ist, dass Zukäufe „zur einer Erweiterung der Software auf Basis eines gesonderten Vertrages“ erfolgen. Insofern lässt sich gut vertreten, dass jeder spätere Zukauf von Lizenzen und Pflegeleistungen als „gesonderter Vertrag“ erneut eine Mindestlaufzeit von zwei Jahren aufweist. Der Beginn dieser Mindestlaufzeit würde sich insofern ab dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses für den Zukauf berechnen. Sollte daher die ausgesprochene Änderungskündigung einen Zukauf betreffen, bei dem diese Mindestlaufzeit noch nicht abgelaufen ist, lässt sich gut vertreten, dass eine derartige Kündigung die vertraglich in den SAP AGB vereinbarte Mindestlaufzeit unterläuft und daher unwirksam ist.

2.2 Berechtigung zur Kündigung

Die Änderungskündigungen sind – soweit bekannt – bisher alle von der SAP Deutschland AG & Co.KG ausgesprochen wurden. In diesem Zusammenhang sollte geprüft werden, ob der ursprüngliche Vertragspartner des gekündigten Pflegevertrages auch die SAP Deutschland AG & Co.KG gewesen ist oder ob eine andere SAP Gesellschaft bzw. ein Dritter (z.B. SAP Support Partner) Vertragspartner des gekündigten Pflegevertrages waren.

Soweit es sich nämlich bei der SAP Deutschland AG & Co.KG nicht um den Rechtsnachfolger des ursprünglichen Vertragspartners handeln sollte, sondern um einen eigenständigen Rechtsträger, findet im Hinblick auf die Kündigung als einseitiges Rechtsgeschäft grundsätzlich § 174 BGB Anwendung. Gemäß § 174 BGB hat aber derjenige, der als Bevollmächtigter eine Kündigung ausspricht, mit der Kündigungserklärung eine Vollmachtsurkunde des Vertretenden vorzulegen (hier also: Vorlage einer Vollmacht des ursprünglichen Vertragspartners, aus der hervorgeht, dass die SAP Deutschland AG & Co. KG die Kündigung im Namen des ursprünglichen Vertragspartners ausspricht). Wird die Vollmachtsurkunde nicht vorgelegt, ist die Kündigung gemäß § 174 BGB unwirksam, wenn der Kündigungsempfänger die Kündigung aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist.

Problematisch ist allerdings, dass die Zurückweisung nur innerhalb eines sehr kurzen Zeitraums nach Zugang der Kündigung erfolgen kann. In der Rechtsprechung wurde z.B. die Unverzüglichkeit einer Zurückweisung, die drei Wochen nach Zugang der Kündigungserklärung erfolgte, ausdrücklich abgelehnt.

Des Weiteren ist noch zu prüfen, ob es sich bei der SAP Deutschland AG & Co. KG nicht um den Rechtsnachfolger des ursprünglichen Vertragspartners handelt. Sollte dies nämlich der Fall sein, würde § 174 BGB von vorneherein nicht greifen, da dieser voraussetzt, dass der Kündigende für einen anderen Rechtsträger als Bevollmächtigter handelt. Ob eine Rechtsnachfolge vorliegt, lässt sich jedoch nur anhand der individuellen Vertragssituation des jeweiligen Unternehmens klären.

2.3 Bezugnahme auf § 15 Abs. 6 der SAP AGB

In den von der SAP verwendeten Kündigungsschreiben wird hinsichtlich der Kündigungsfrist auf die Regelung in § 15 Abs. 6 der SAP AGB verwiesen. Wie zuvor bereits dargestellt, enthält § 15 Abs. 6 der SAP AGB (Stand: Juni 2003) in der Tat die Regelung, dass Pflegeverträge mit einer Frist von drei Monaten zum Ende des Kalenderjahres gekündigt werden können. Fraglich ist allerdings, ob diese Regelung der aktuellen SAP AGB überhaupt Vertragsinhalt von Verträgen geworden ist, die vor Juni 2003 abgeschlossen wurden.

Zumindest lässt sich hier argumentieren, dass nur die zum damaligen Vertragschluss geltenden Fassungen der SAP AGB Vertragsinhalt geworden sind. In diesem Zusammenhang ist auch klarzustellen, dass ein Verweis auf AGBs „in ihrer jeweils geltenden bzw. gültigen Fassung“ auch im kaufmännischen Verkehr nur dann dazu führt, dass spätere AGB-Fassungen als Bestandteil eines Vertrages angesehen werden dürfen, wenn der Verwender die geänderte Fassung dem Kunden spätestens bei Abschluss des Vertrages bekannt gegeben hat (vgl. Münchner Kommentar, zum BGB, 5. Auflage 2007, § 305 Rd. 96 f.).

Im Ergebnis ist daher für die gekündigten Pflegeverträge zu prüfen, ob die zum Vertragschluss geltenden SAP AGB überhaupt eine Regelung zur Kündigung vorsehen bzw. ob diese von der Regelung der aktuellen AGB in § 15 Abs. 6 abweichen. Auch diese Prüfung kann im Ergebnis nur von dem jeweiligen Unternehmen auf Basis der individuellen Vertragssituation vorgenommen werden.

2.4 Sonstige von den SAP AGB abweichenden Sonderregelungen

Schließlich wird man individuell prüfen müssen, ob mit SAP bei Abschluss des Pflegevertrages von den SAP AGB abweichende Regelungen, z.B. längere Kündigungsfristen oder längere Mindestlaufzeiten, vereinbart waren. Derartige Regelungen gehen den SAP AGB in jedem Fall vor (§ 305b BGB) und können insofern die Unwirksamkeit der ausgesprochenen Kündigung begründen.

3 Mindestdauer von Pflegeverträgen

Die Rechtsprechung hat sich in der Vergangenheit wiederholt mit der Rechtmäßigkeit der Kündigung von Softwarepflegeverträgen auseinandergesetzt. In diesem Zusammenhang stellte sich den Gerichten die Frage, ob Softwareanbieter verpflichtet sind, Pflegeleistungen für Standardsoftware für eine bestimmte Dauer aufrecht zu erhalten.

3.1 Einschlägige Rechtsprechung

3.1.1 Bundesgerichtshof aus dem Jahr 1987

Bereits im Jahr 1987 hatte der Bundesgerichtshof („BGH“) über die Frage des „Abschlusszwanges“ von Softwarepflegeverträgen zu entscheiden (BGH v.25.03.1987 – VIII, ZR 43/86, CR 1987, 422).

Interessant an dieser Entscheidung ist, dass in den Bedingungen des beklagten Softwareanbieters vorgesehen war, dass zwingend ein Wartungsvertrag vom Kunden abzuschließen ist. Hierzu hielt der BGH ausdrücklich fest, dass der Anwender auf den Abschluss eines Pflegevertrages mit angemessenem Inhalt angewiesen sei, da er nur dann die Software sinnvoll nutzen könne. Dass sich die aus dem Überlassungsvertrag ergebende Abschlusspflicht auf einen Vertrag mit angemessenem Inhalt beziehe, bedürfe keiner näheren Begründung.

Interessant hieran ist zumindest, dass auch die SAP AGB in § 15 Abs. 6 ausdrücklich vorsehen, dass „der Auftraggeber stets alle Installationen der Software vollständig in Pflege halten muss“. Im Ergebnis könnte man daher aus dieser Entscheidung herleiten, dass der jeweiligen Anwender einen Anspruch auf Abschluss eines Pflegevertrages mit „angemessenem Inhalt“ hat. Ob der neue „SAP Enterprise Support“ Vertrag einen „angemessenen Inhalt“ aufweist, insbesondere im Hinblick auf das Verhältnis zwischen angebotenen Leistungen und Höhe der hierfür verlangten Vergütung, dürfte sich jedoch erst dann beurteilen lassen, wenn der endgültige Leistungskatalog für die hiernach zu erbringenden Pflegeleistungen endgültig feststeht.

3.1.2 Rechtsprechung zur Mindestdauer von Pflegeverträgen

Ausgangspunkt der Rechtsprechung zur Mindestdauer von Pflegeverträgen war ein Urteil des Oberlandesgerichts Koblenz aus dem Jahr 1993 (OLG Koblenz v. 27.05.1993 – 5 U 1938/92, CR 1994, 95). In diesem Fall hatte das Gericht über die Wirksamkeit einer Kündigung zu entscheiden, die vom Softwareanbieter ausgesprochen wurde, weil der Kunde die Zahlung einer „Upgrade-Gebühr“ im Rahmen des Wechsels seiner Hardware verweigerte. Die Besonderheit dieses Falles lag jedoch unter anderem auch darin, dass die Parteien bei Vertragsabschluss die „besonderen Vertragsbedingungen für die Überlassung und Pflege von Software (BVB)“ der öffentlichen Hand vereinbart hatten. Aus § 3 Nr. 1 BVB-Überlassung ergab sich eine Verpflichtung des Softwareanbieters, der Nutzung des Kunden auf einer anderen Anlage zuzustimmen. Zudem sahen die BVB-Pflege Bedingungen die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung des Pflegevertrages nach Ablauf einer Mindestleistungsdauer mit einer Frist von sechs Monaten vor.

Trotz dieser vertraglichen Vorgaben kam das Gericht im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu dem Ergebnis, dass für den Zeitraum, in dem der Softwareanbieter das Programm allgemein auf dem Markt mit der Verpflichtung zur Mängelbeseitigung anbietet, für diesen das Recht zur ordentlichen Kündigung ausgeschlossen ist. Den Zeitraum, quasi den durchschnittlichen „Lebenszyklus“ einer Software sah das Gericht bei fünf Jahren. Selbst dann, wenn der Pflegevertrag eine vorzeitige ordentliche Kündigung vorsehe, könne diese nicht wirksam während des laufenden „Lebenszyklus“ der Software erklärt werden.

In einer weiteren Entscheidung des Landgerichts Köln aus dem Jahr 1997 wurde ebenfalls zur Kündigungsmöglichkeit eines Softwarepflegevertrages Stellung genommen und erneut zu Lasten des Softwareanbieters eine Pflicht zur Pflege der von ihm gelieferten Software angenommen (LG Köln v. 16.10.1997 – 83 O 26/97, CR 1999, 218). In diesem Fall hatte der Softwareanbieter angekündigt, die Pflege selbst einzustellen und auf einen Drittanbieter zu übertragen, und verlangte dazu die Zustimmung des Softwareanwenders. Die Zustimmung wurde jedoch von diesem verweigert, so dass der Softwareanbieter den Vertrag kündigte. Genau wie das OLG Koblenz zuvor, entschied sich das Gericht hier für die Unzulässigkeit der Kündigung. Abweichend

ging das LG Köln allerdings davon aus, dass sich die Dauer der Pflegepflicht mindestens nach dem Lebenszyklus der Software berechne zuzüglich weiterer fünf Jahre.

Den Zeitraum des „Lebenszyklus“, d.h. die Zeit, in der die Software allgemein auf dem Markt angeboten wird, bestimmte das Gericht wie das OLG Koblenz ebenfalls auf ca. fünf Jahre. Die Mindestdauer der Pflegeverpflichtung leiteten die Richter aus einer Nebenpflicht des Softwareüberlassungsvertrages her. Der Überlassungsvertrag (also der ursprüngliche Erwerbs- bzw. Lizenzvertrag) verpflichtete nämlich den Softwareanbieter zur Pflege, da die Nutzung der Software maßgeblich von ständiger Pflege abhängt. Die Dauer der Pflegepflicht über den Lebenszyklus der Software hinaus - weitere fünf Jahre - rechtfertigt sich schließlich vor dem Hintergrund, dass die Software auch für den letzten Anwender noch verfügbar sein müsse. Abzustellen sei daher auf den Zeitpunkt der letzten Abnahme bzw. Installation als Nutzungsbeginn.

In einer neueren Entscheidung des Oberlandesgerichts Koblenz aus dem Jahr 2005 ging es erneut um die Wirksamkeit der Kündigung eines Pflegevertrages. Der streitgegenständliche Pflegevertrag wurde von dem Softwareanbieter ca. sieben Jahre nach dem Nutzungsbeginn ordentlich mit einer Frist von drei Monaten gekündigt. In diesem Fall verneinte das OLG Koblenz die Vertragswidrigkeit der Kündigung des Softwarepflegevertrages. Das Gericht äußerte sich auch kritisch zu der vorstehenden Entscheidung des LG Köln aus dem Jahr 1997 und hielt die Lösung für vorzugswürdig, die Dauer der Pflegeverpflichtung allein nach der individuellen Vereinbarung im Pflegevertrag zu bestimmen. Wenn überhaupt, könne eine Mindestpflegedauer allenfalls aus einer Nebenpflicht des Softwareüberlassungsvertrages hergeleitet werden. Entscheidend sei hier aber allein die Erwartung des konkreten Anwenders, weshalb sich die Dauer der Pflegepflicht von fünf Jahren ab dem Zeitpunkt seines individuellen Nutzungsbeginns berechne. Das OLG Koblenz hatte über diesen Lösungsansatz jedoch nicht zu entscheiden, da seit Inbetriebnahme der Software im konkreten Fall ca. sieben Jahre vergangen waren.

3.2 Anwendbarkeit dieser Rechtsprechung

Folgt man der älteren Rechtsprechung des OLG Koblenz aus dem Jahr 1993 und der Entscheidung des LG Köln lässt sich vorliegend für die Änderungskündigungen ar-

gumentieren, dass trotz der entgegenstehenden Regelung in den SAP AGB eine Kündigung der Pflegeverträge innerhalb des jeweiligen „Lebenszyklus“ der Software möglicherweise deshalb unzulässig ist, weil sich aus einer vertraglichen Nebenpflicht des Überlassungsvertrages herleiten lässt, dass der jeweilige Pflegevertrag nicht innerhalb dieses „Lebenszyklus“ gekündigt werden kann. Folgt man darüber hinaus der Entscheidung des LG Köln, so wäre dieser Zeitraum um weitere fünf Jahre nach Ablauf des „Lebenszyklus“ zu erweitern, indem eine Kündigung des Pflegevertrages nicht ohne weiteres ausgesprochen werden kann.

Problematisch hieran ist sicherlich, dass es bislang keine höchstrichterliche Entscheidung zu diesem Themenkreis gibt. Insofern verbleibt eine hohe Rechtsunsicherheit, ob sich eine gewisse zwingende Mindestdauer aus einer Nebenpflicht des Überlassungsvertrages herleiten lässt und insofern entgegenstehende Bestimmungen in den Pflegeverträgen unberücksichtigt bleiben. Dennoch zeigt die dargestellte Rechtsprechung deutlich, dass die Gerichte die Bedeutung von Pflegeverträgen erkennen und im Einzelfall geneigt sind, deren Kündigung für unwirksam zu erklären. Letzteres dürfte insbesondere in solchen Fällen nahe liegend sein, in denen der Softwareanwender auf die Pflege gerade des Softwareanbieters angewiesen ist oder erhebliche Investitionen nur mit dauerhafter qualifizierter Pflege gerechtfertigt werden können.

Diese Argumentation wird jedoch dadurch geschwächt, dass im Zusammenhang mit den Änderungskündigungen der SAP nicht nur die Pflege gekündigt, sondern gleichzeitig auch ein neues Pflegeangebot unterbreitet wird, so dass der Anwender letztendlich weiterhin Pflege für seine teuer erkaufte Software erhalten kann. Trotz dieser Besonderheit dürfte die dargestellte Rechtsprechung dennoch als rechtliches Argument im Zusammenhang mit den Änderungskündigungen geeignet sein. Zumal auch in dem vom LG Köln entschiedenen Fall der Anwender die Möglichkeit hatte, einen Dritten mit der Softwarepflege zu beauftragen.

3.3 Zwischenergebnis

Soweit man die vorstehende Rechtsprechung effektiv als Argument anführen möchte, wird man, selbst unter Zugrundelegung der Entscheidung des LG Köln (5 Jahre + 5 Jahre), danach differenzieren müssen, für welches Release der SAP Software die

Pflege gekündigt wurde. So wird man die dargestellte Rechtsprechung sicherlich eher bei einer Kündigung eines „mySAP ERP 2004“ Pflegevertrages verwenden können, da der „Lebenszyklus“ dieser Software erst vor kurzem endete (2005?). Je älter das Release jedoch ist, z.B. „SAP R/3 3.11“, umso schwieriger wird die Argumentation mit der dargestellten Rechtsprechung, da der „Lebenszyklus“ eines solchen älteren Releases bereits vor langer Zeit abgelaufen ist (2000?). Im Ergebnis wird man daher auch in diesem Zusammenhang eine Argumentation auf Basis der individuellen Vertragssituation aufbauen müssen.

4 **Kartellrechtliche Erwägungen – Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung?**

Denkbar ist eine Beschränkung des Kündigungsrechts von SAP durch das kartellrechtliche Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung. Dieses Rechtsinstitut findet sich sowohl im europäischen (Art. 82 EG-Vertrag) als auch im deutschen (§§ 19, 20 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB) Recht.

§ 22 Abs.3 des deutschen GWB und Art. 3 Abs.1 VO (EG)1/2003 (Abl.L 1/1 2003) regeln das Verhältnis der Vorschriften zueinander. Art. 81,82 EGV sind nach Art. 3 Abs.1 VO (EG)1/2003 bei einer spürbaren Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedsstaaten der EG neben §§ 19,20 GWB anwendbar. Allein die §§ 19,20 GWB sind dann anwendbar, wenn es an einer zwischenstaatlichen Wirkung fehlt.

Praktisch wird diese Unterscheidung in den Fällen des Missbrauchs durch Erzwingung von unangemessenen Preisen und Bedingungen selten Bedeutung haben. Denn Art. 82 Abs.2 lit. a EGV bezeichnet als Missbrauch insbesondere die „mittelbare und unmittelbare Erzwingung von unangemessenen Einkaufs- oder Verkaufspreisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen“ durch Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung. Nach § 19 Abs.4 Ziff. 2 GWB liegt ein Missbrauch insbesondere vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen „Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen fordert, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamen Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden“.

Für diese folgende Darstellung genügt es, den gemeinsamen Tatbestandsmerkmalen Aufmerksamkeit zu schenken und deshalb der Frage nach der zwischenstaatlichen Wirkung von Missbrauch nicht weiter nachzugehen.

Das Verbot ist in beiden Rechtsordnungen ähnlich ausgestaltet. Es greift ein, wenn ein Unternehmen (i) marktbeherrschend ist und (ii) seine marktbeherrschende Stellung missbraucht.

4.1 Marktbeherrschende Stellung

Nach der gesetzlichen Definition des GWB ist ein Unternehmen insbesondere dann marktbeherrschend, wenn es als Anbieter einer bestimmten Art von gewerblichen Leistungen auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist oder eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat. Ob dies der Fall ist, ist auf der Grundlage aller Umstände des Einzelfalls zu ermitteln. Zu berücksichtigen sind insbesondere der Marktanteil des Unternehmens, seine Finanzkraft, sein Zugang zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten, rechtliche oder tatsächliche Schranken für den Marktzutritt anderer Unternehmen, der tatsächliche oder potenzielle Wettbewerb durch andere Unternehmen sowie die Möglichkeit der Kunden, auf andere Unternehmen auszuweichen.

Das Gesetz vermutet, dass ein Unternehmen marktbeherrschend ist, wenn es einen Marktanteil von mindestens einem Drittel hat. Die Vermutung ist allerdings widerleglich.

4.1.1 Relevanter Markt „ERP Software“?

Für die Frage, ob ein Unternehmen marktbeherrschend ist, kommt seinem Marktanteil eine besondere Bedeutung zu. Die Höhe des Marktanteils hängt insbesondere davon ab, wie der relevante Markt definiert wird. In einer im vergangenen Jahr ergangenen Entscheidung zum Erwerb der Business Objects SA durch SAP hat die Europäische Kommission ausgeführt, dass der Bereich für Enterprise Application System ("EAS") software in verschiedene sachliche Märkte unterteilt werden muss. Diese Märkte sind ERP (Enterprise Resource Planning), CRM (Customer Relationship Management), SRM (Supplier Relationship Management), SCM (Supply Chain Management), PLM (Product Lifecycle Management) und BA (Business Analytics). Nach Auffassung der Europäischen Kommission müssen auch diese Teilmärkte wiederum in verschiedene Teilmärkte aufgespalten werden.

Nach der Entscheidung der Europäischen Kommission umfassen die relevanten Märkte in geografischer Hinsicht mindestens den gesamten Europäischen Wirtschaftsraum.

Aus Sicht der Europäischen Kommission hat SAP jedenfalls dann keine marktbeherrschende Stellung inne, wenn man den Bereich EAS insgesamt betrachtet. Die Europäische Kommission geht von einem Marktanteil von SAP in Westeuropa im Bereich EAS zwischen 10 % und 20 % aus. Im Bereich SRM sieht sie einen Marktanteil zwischen 20 % und 30 % und im Bereich SCM einen Marktanteil zwischen 30 % und 40 %. Der Entscheidung ist nicht zu entnehmen, dass die Europäische Kommission SAP in irgendeinem relevanten Markt für marktbeherrschend hält.

Die genannte Entscheidung der Europäischen Kommission spricht eher gegen die Annahme einer marktbeherrschenden Stellung von SAP. Allerdings äußert sich die Europäische Kommission nicht ausdrücklich zur Stellung von SAP auf dem ERP-Markt und den entsprechenden Teilmärkten.

Eine bessere Einschätzung der Frage, ob SAP marktbeherrschend ist, würde eine eingehende Untersuchung des ERP-Marktes und aller relevanten Teilmärkte nach allen Kriterien erfordern, die oben für die Beurteilung der Frage der Marktbeherrschung genannt sind.

4.1.2 Relevanter Markt „SAP Pflegeleistungen“?

Möglicherweise liegt es vorliegend auch nahe, dass der relevante Markt als Markt für „SAP Pflegeleistungen“ zu definieren ist. Der Anwender ist auf den oder die wenigen Anbieter angewiesen, die rechtlich und tatsächlich in der Lage sind, die SAP Pflegeleistungen zu erbringen. Er kann nicht ausweichen. Gibt es mehrere Anbieter, so werden sie häufig innerhalb desselben vertikalen Vertriebssystems tätig sein, sodass hier manchmal mehrere Unternehmen dieselbe Leistung anbieten und nicht eine substituierende. Zudem ist es offenbar ab einem Umsatz von Euro 500 Mio. nicht mehr möglich, im Rahmen einer SAP Drittwartung (z.B. durch Siemens, T-Systems) bessere Konditionen als bei der SAP zu erhalten.

Ferner, werden durch den intensiven harmonisierten Schutz der Urheberrechte in den Mitgliedsstaaten der EG faktisch auch potentielle Wettbewerber ausgeschlossen, weil sie nicht das notwendige know-how bzw. die Nutzungsrechte haben.

Als Ausweichmöglichkeit bliebe dem Anwender noch der Wechsel der ERP-Software. Das kann im Einzelfall als wirtschaftliches Substitut in Betracht kommen. Dann ist der gegenständliche Markt entsprechend weiter zu fassen, je nachdem, in welchem Umfang Anbieter von ERP-Software aus der Sicht des Nachfragers nach der Pflegeleistung nach Eigenschaft, Verwendungszweck und Preislage als Wettbewerber in Betracht kommen können.

Lässt ein Anbieter von Pflegeleistungen andere Unternehmen nicht so an seinem know-how teilhaben, dass sie tatsächlich und rechtlich zu ihm und untereinander gleichberechtigt und in wesentlichem Umfang in einen Preis- und Leistungswettbewerb treten können, so ist er häufig der alleinige Anbieter auf dem relevanten Markt (Monopolist), zumindest aber marktbeherrschend i.S.d. § 19 Abs.2 GWB. Ein solches Unternehmen kann sich seinen Wettbewerbern und Abnehmern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig verhalten, was die Annahme einer beherrschenden Stellung i.S.d. Art. 82 EGV rechtfertigt (EuGH st.Rspr., vgl. Hoffmann-La Roche Slg. 1979, 461 RN. 38).

Ob ein Gericht oder eine Kartellbehörde die SAP mit der vorstehenden Begründung zumindest im Markt für „SAP Pflegeleistungen“ als „marktbeherrschend“ einordnen würde, lässt sich jedoch infolge der fehlenden Entscheidungspraxis in diesem Bereich nur schwer vorhersagen.

4.2 Missbrauch

Der EG-Vertrag und das GWB nennen verschiedene Fallgruppen, in denen ein bestimmtes Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens als missbräuchlich gilt. Die Kartellbehörden und Gerichte haben weitere Fallgruppen entwickelt. Vorliegend kommen insbesondere zwei Fallgruppen in Betracht:

4.2.1 Missbräuchlich überhöhter Preis

Ein Preis ist missbräuchlich hoch, wenn er auf der Grundlage einer marktbeherrschenden Stellung zustande kommt und höher ist, als er sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würde. Die Ermittlung des hypotheti-

schen Preises, der sich unter Wettbewerbsbedingungen ergeben würde, ist naturgemäß schwierig. Wichtigstes Instrument für die Ermittlung des hypothetischen Marktpreises ist das so genannte Vergleichsmarktkonzept. Hierbei werden Märkte untersucht, die man wegen ähnlicher Marktbedingungen dem beherrschten Markt für vergleichbar hält. Das geografische Vergleichsmarktkonzept betrachtet andere geografische Märkte (beispielsweise die Preispolitik von SAP im Ausland). Beim zeitlichen Vergleichsmarktkonzept wird auf einen Preis abgestellt, der sich in demselben Markt zu einem früheren Zeitpunkt gebildet hatte, als auf diesem Markt noch wirksamer Wettbewerb herrschte. Hier müsste also ein bestimmter Zeitpunkt definiert werden, zu dem begründet werden kann, dass zu diesem Zeitpunkt noch wirksamer Wettbewerb herrschte. Beim sachlichen Vergleichsmarktkonzept kann auf andere sachliche Märkte abgestellt werden, die dem beherrschten Markt ähnlich sind. Da die Preise unterschiedlicher Produkte regelmäßig nicht verglichen werden können, sollen hier die Gewinne verglichen werden. Die Ermittlung der Gewinne bringt naturgemäß einen weiteren Unsicherheitsfaktor mit sich.

Grundsätzlich ist der Nachweis missbräuchlich überhöhter Preise schwierig. In der Praxis gibt es dazu nur wenige Entscheidungen. Für eine bessere Einschätzung der Frage, ob SAP die Festsetzung missbräuchlich überhöhter Preise nachzuweisen ist, ist eine weitere Sachverhaltsermittlung nötig. Im konkreten Fall wird sich ein vernünftiges Ergebnis nur darstellen lassen, wenn etwa nach dem Konzept der Gewinnbegrenzung ermittelt wird, ob zwischen den tatsächlichen Kosten und dem tatsächlich verlangten Gewinn ein auffälliges Missverhältnis besteht (EuGH United Brands Slg. 1978, 207 RN 248/257; ähnlich BGH 06.11.84 „Favorit“ WuW/E BGH 2103,2107). Letzteres ist aber insbesondere dann problematisch, wenn die interne Kalkulation des Softwareanbieters nicht sicher bekannt ist. Für den Anwender sind in der Regel die Kostenstrukturen des Softwareanbieters nur in offensichtlichen Fällen durchschaubar. Ob vorliegend die Kenntnisse genügen, einen Anspruch darzulegen und durchzusetzen, wird daher sorgfältig zu prüfen sein

4.2.2 Kopplungsgeschäfte/Konditionenmissbrauch

Kopplungsgeschäfte, in denen ein marktbeherrschendes Unternehmen nur ein Produkt anbietet, wenn der Kunde auch ein anderes Produkt abnimmt, können miss-

bräuchlich sein. Bekanntes Beispiel für Kopplungsgeschäfte im IT-Bereich ist der Fall Microsoft. Die Europäische Kommission hat es Microsoft untersagt, Betriebssysteme mit dem Programm Windows Media Player zu koppeln. Sie hat Microsoft dazu verpflichtet, den Kunden die Wahl zu ermöglichen, das Betriebssystem auch ohne den Windows Media Player zu erwerben. Der Europäische Gerichtshof hat diese Entscheidung der Europäischen Kommission bestätigt.

Kopplungsvereinbarungen sind jedoch grundsätzlich nur dann missbräuchlich, wenn sie Wettbewerber behindern. Im Fall Microsoft beispielsweise bestand die Behinderung darin, dass Wettbewerber von Microsoft in ihrem Vertrieb von Medienabspielprogrammen behindert wurden, da die Kunden von Microsoft das Programm Windows Media Player bereits umsonst erhalten hatten. Das Verhalten von SAP ist nach unserem Verständnis nicht dem Microsoft-Fall vergleichbar. Die nunmehr zusätzlich von SAP im Zuge der Wartung angebotenen Dienstleistungen stellen kein eigenes Produkt dar, das auch unabhängig von den Basiswartungsleistungen bezogen werden könnte. Da Wettbewerber diese zusätzlichen Leistungen allein gar nicht anbieten könnten, kann das Verhalten von SAP Wettbewerber nicht in ihren Aktivitäten beschränken. Ein Fall eines Kopplungsgeschäfts im üblichen Sinne liegt daher nicht vor.

Allerdings ist im Rahmen der Fallgruppe des Konditionenmissbrauchs anerkannt, dass Kopplungsgeschäfte unter Umständen auch wegen der Ausbeutung von Abnehmern missbräuchlich sein können. Der Missbrauch liegt dann darin, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen dem Vertragspartner unerwünschte Produkte aufzwingt, um höhere Erlöse zu erzielen. Unter diesem Aspekt sind bisher nur wenige Entscheidungen ergangen, die auch schon einige Zeit zurück liegen. Ob Kartellbehörden oder Gerichte das Verhalten von SAP in diese Fallgruppe einordnen würden, kann nicht mit Sicherheit vorausgesagt werden. Insbesondere ist soweit ersichtlich bisher noch nicht entschieden, ob sich die Kopplung auch bei einer Bewertung unter dem Gesichtspunkt des Konditionenmissbrauchs auf ein eigenständiges Produkt beziehen muss, oder ob es ausreicht, dass ein Unternehmen (wie hier SAP) lediglich die Abnahme ergänzender Dienstleistungen erzwingt, die jedoch nicht selbstständig als eigenes Produkt verkauft werden könnten.

4.3 Durchsetzung der kartellrechtlichen Bedenken

Neben der Anzeige des angenommenen Missbrauchs bei den Kartellbehörden kommt auch eine gerichtliche Durchsetzung in Betracht. Sowohl Art. 82 EGV als auch § 19 GWB umfassen sowohl den objektiven Institutionenschutz als auch den subjektiven Schutz der Marktteilnehmer. Die Rechtsfolgen für Verstöße gegen Art. 82 EGV und das GWB bestimmen die §§ 33 ff GWB.

Für den subjektiven Schutz der Marktteilnehmer steht der Schadensersatzanspruch im Vordergrund, der im Wege der Naturalrestitution den Zustand herbeiführen kann, der dann bestünde, wenn das schädigende Ereignis nicht stattgefunden hätte. Dann hätte der Anwender nämlich von Anfang an nur ein für die tatsächlich gewährten Leistungen angemessenes Entgelt zahlen müssen. Das ist für die Vergangenheit auszugleichen, in Zukunft ist der Vertrag anzupassen.

Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Verstößen gegen europäisches und deutsches Kartellrecht ist auf dem Zivilrechtsweg, beginnend vor dem Landgericht, geltend zu machen. Die Länder der Bundesrepublik Deutschland haben häufig die Zuständigkeit für die Rechtsstreitigkeiten um Art. 81,82 EGV und GWB nur einem Landgericht zugewiesen. Zum Rechtszug gehören die Kartellsenate bestimmter OLG und des BGH (vgl. §§ 87,89,91,94 GWB; VO (EG) 1/2003).

Eine gerichtliche Geltendmachung setzt jedoch voraus, dass der Anwender in der Lage ist, die Tatbestandsvoraussetzungen des Missbrauchs darzulegen. Häufig ist es einem Anwender nicht möglich, die Informationen zu beschaffen, die es ihm ermöglichen, einen Kartellrechtsverstoß schlüssig darzulegen.

4.4 Zwischenergebnis

Die weitere Prüfung, ob kartellrechtliche Aspekte SAP die geplante Preiserhöhung verbieten bzw. die ausgesprochenen Kündigungen unwirksam sind, erfordert eine umfangreiche Sachverhaltsermittlung. Für einige rechtliche Fragen in diesem Zusammenhang kann zudem nicht sicher vorausgesagt werden, wie Gerichte oder Kartellbehörden entscheiden würden.

5 Zusammenfassung und Ergebnis

Jedes Unternehmen, das eine Änderungskündigung erhalten hat, sollte auf Basis seiner individuellen Vertragssituation prüfen, ob diese Kündigung aus formellen Gründen möglicherweise unwirksam ist.

Auch die dargestellte Rechtsprechung zur Mindestlaufzeit von Pflegeverträgen bietet - zumindest für die neueren SAP Releases - gute Argumente für die mögliche Unwirksamkeit der ausgesprochenen Änderungskündigungen.

Schließlich bietet auch das Kartellrecht gute Ansatzpunkte für die Argumentation, dass das Verhalten von SAP zumindest kartellrechtlich bedenklich ist. Gegenüber SAP können diese Argumente vorgebracht werden, um die Position in den Verhandlungen mit SAP zu verbessern.

Anlage: Entwurf eines Schreibens an die SAP Deutschland AG & Co. KG

SAP Deutschland AG & Co.KG
Hasso-Plattner-Ring 7
69190 Walldorf

Ihre Änderungskündigung vom [Datum]

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir nehmen Bezug auf Ihr Schreiben vom [Datum] mit dem Sie unseren Pflegevertrag vom [Datum] (Auftragsnr.: []) gekündigt und uns den Abschluss eines neuen Pflegevertrages für den „SAP Enterprise Support“ angeboten haben. Wir haben uns erlaubt, Ihre Kündigung einer eingehenden rechtlichen Prüfung zu unterziehen und möchten Ihnen diesbezüglich unser Ergebnis mitteilen:

1. Formale Mängel Ihrer Änderungskündigung

[Hier bitte Argumentation zu den formalen Mängeln der individuellen Vertragssituation einfügen].

2. Mindestdauer vom Pflegeverträgen

[Auch hier ist die individuelle Vertragssituation zu berücksichtigen; insbesondere ist auf das betreffende Release der gekündigten Pflegevereinbarung abzustellen]. Aufgrund der nachfolgend dargestellten Rechtsprechung gehen wir zudem davon aus, dass die Änderungskündigung unwirksam sein dürfte. Nach einer Entscheidung des Oberlandesgerichts Koblenz ist nämlich die ordentliche Kündigung eines Softwarepflegevertrages rechtlich nicht zulässig, so lange die Software allgemein auf dem Markt mit der Verpflichtung zur Mängelbeseitigung angeboten wird (OLG Koblenz, Urteil v. 27.05.1993 – 5 U 1938/92, CR 1994, 95). Auch nach einer Entscheidung des Landgerichts Köln ist selbst in einem Zeitraum von fünf Jahren nach

Ablauf des „Lebenszyklus“ einer Software, die Kündigung eines Pflegevertrages unwirksam (LG Köln v. 16.10.1997 – 83 O 26/97, CR 1999, 218). Die Gerichte leiten dieses Ergebnis zutreffend aus einer vertraglichen Nebenpflicht des Überlassungsvertrages her. Der Lebenszyklus des von uns eingesetzten Releases **[hier genaues Release ergänzen]** endete erst am **[DATUM]**, so dass eine Kündigung nach der genannten Rechtsprechung nicht wirksam ausgesprochen werden kann.

3. Kartellrechtliche Erwägungen – Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung?

Schließlich halten wir das Vorgehen der SAP im Zusammenhang mit den ausgesprochenen Änderungskündigungen für kartellrechtlich bedenklich. Vorliegend kommt in Betracht, dass die SAP als marktbeherrschendes Unternehmen für die angebotenen SAP Pflegeleistungen seine marktbeherrschende Stellung ausnutzt, um Entgelte und sonstige Geschäftsbedingungen durchzusetzen, die sich bei einem wirksamen Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht ergeben würden (§ 19 GWB), also unangemessen sind und nicht freiwillig akzeptiert werden würden (Artikel 82 EGV). Im Ergebnis behalten wir uns daher ausdrücklich vor, diese Bedenken gegebenenfalls auch unter Einschaltung der Kartellbehörden, prüfen zu lassen. Letztendlich werden wir durch die Kündigung des bestehenden Pflegevertrages genötigt, einen Pflegevertrag abzuschließen, dessen Leistungsinhalte, soweit uns diese überhaupt im Detail bekannt sind, und Vergütungshöhe für uns nicht akzeptabel ist.

Sollten wir bis zum

[Datum]

nichts von Ihnen hören, gehen wir davon aus, dass der bestehende Pflegevertrag vom **[Datum]** zu den alten Konditionen fortbesteht. Soweit Sie an der Wirksamkeit der ausgesprochenen Kündigung festhalten, bitten wir Sie sich innerhalb derselben Frist zu den vorstehenden Punkten schriftlich zu äußern.

Mit freundlichen Grüßen