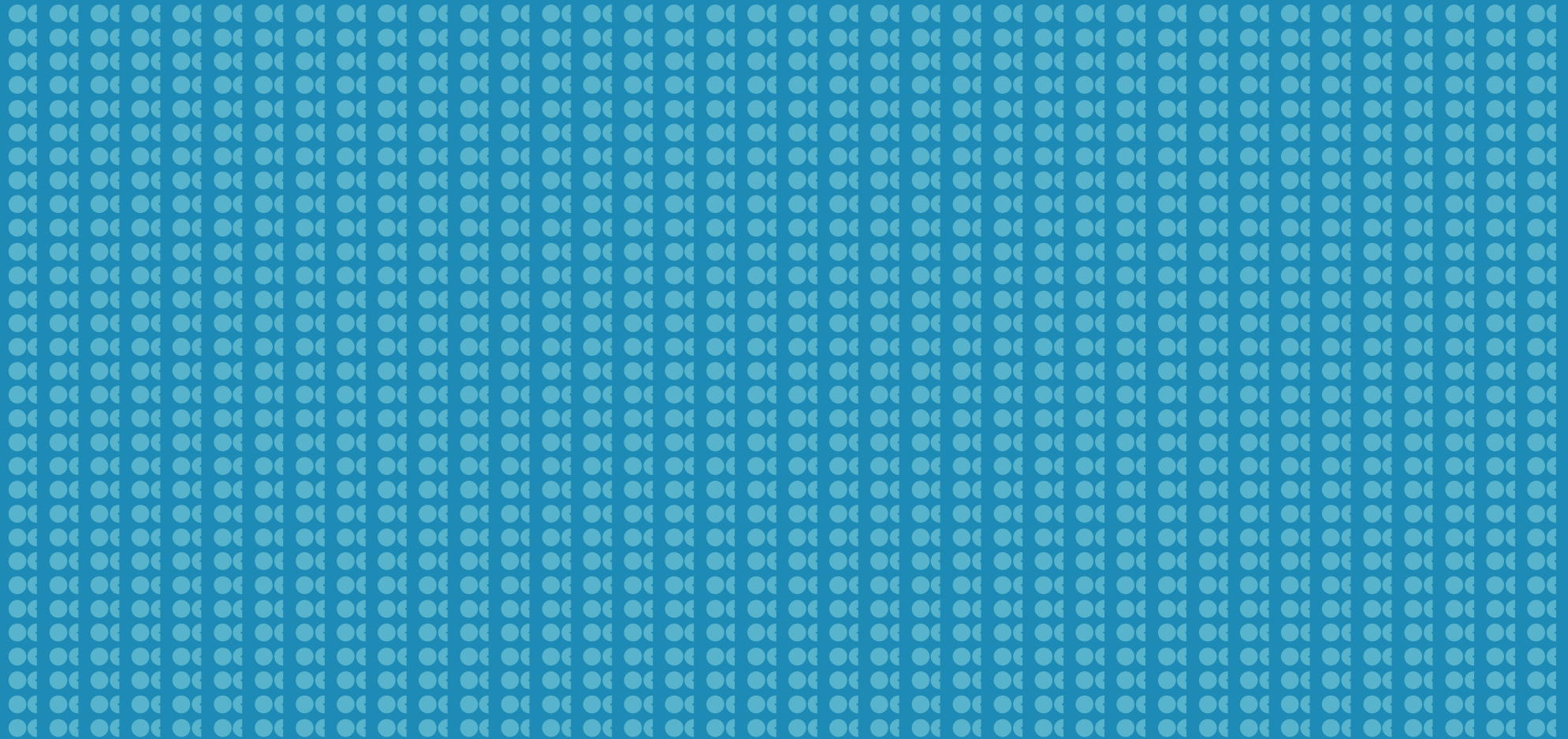


Lizenzmetrik, Lizenzmodelle und Lizenzaudits



19. Mai 2015
Dr. Karsten Lisch
Osborne Clarke, Köln

Die Ankündigung des Lizenzaudits



Bevor Sie Zugang zu Ihren Räumen gewähren

- Möchten Sie das wirklich?
- Falls nein: Rechtliche Prüfung einleiten
- Falls Sie Zugang gewähren müssen: Audit intern vorbereiten – auch aus rechtlicher Sicht.

Audit-Klauseln können unwirksam sein: Recht zum Audit nach dieser Regelung entfällt

- Eine Auditklausel ist unwirksam, wenn sie unverständlich oder unklar formuliert ist, § 307 Abs. 1 S.2 BGB. Die Gefahr einer inhaltlichen Benachteiligung muss sich daraus nicht ergeben.
- Die Auditmaßnahmen sind einzeln und konkret zu bezeichnen (Kotthoff/Wieczorek, MMR 2014, S.1, 3).
- Keine unangemessene Benachteiligung des Lizenznehmers, insbesondere Vorrang des geringer einschneidenden Mittels, z.B. Selbstauskunft.
- Kein Zwang zum Verstoß gegen Rechtsvorschriften, insb. Regelungen zum Datenschutz auf Bundes- und Landesebene (Intveen/Karger, ITRB 2014, S. 39, 42).
- Keine anlassunabhängige Kontrolle (Hoeren, CR 2008, S. 409, 410).

Gerichtliche Entscheidungen zu AGB-rechtliche Anforderungen an Auditklauseln

-

Beispiel für rechtliche Probleme in Audit-Klauseln

"Nach angemessener Vorankündigung ist IBM dazu berechtigt, die Einhaltung der Passport Advantage Bedingungen an allen Standorten des Kunden und für alle Umgebungen, an denen der Kunden die den Passport Advantage Bedingungen unterliegenden berechtigten Produkte (zu irgendeinem Zweck) nutzt, **zu überprüfen**. Die Prüfung findet während der üblichen Geschäftszeiten in den Räumlichkeiten des Kunden statt. IBM wird sich bemühen, den Geschäftsbetrieb des Kunden dabei so wenig wie möglich zu beeinträchtigen. IBM ist berechtigt, die Prüfung durch einen unabhängigen Prüfer durchführen zu lassen, soweit dieser durch eine schriftliche Vertraulichkeitsvereinbarung zur **Geheimhaltung verpflichtet** ist."

↑
Keine Konkretisierung der
Prüfungsmaßnahmen
Keine Regelung zum Schutz
personenbezogener Daten

↑
Keine Verpflichtung ggü.
"Kunden", keine Strafbarkeit
bei Verstoß, keine
Vertragsstrafe bei Verstoß.

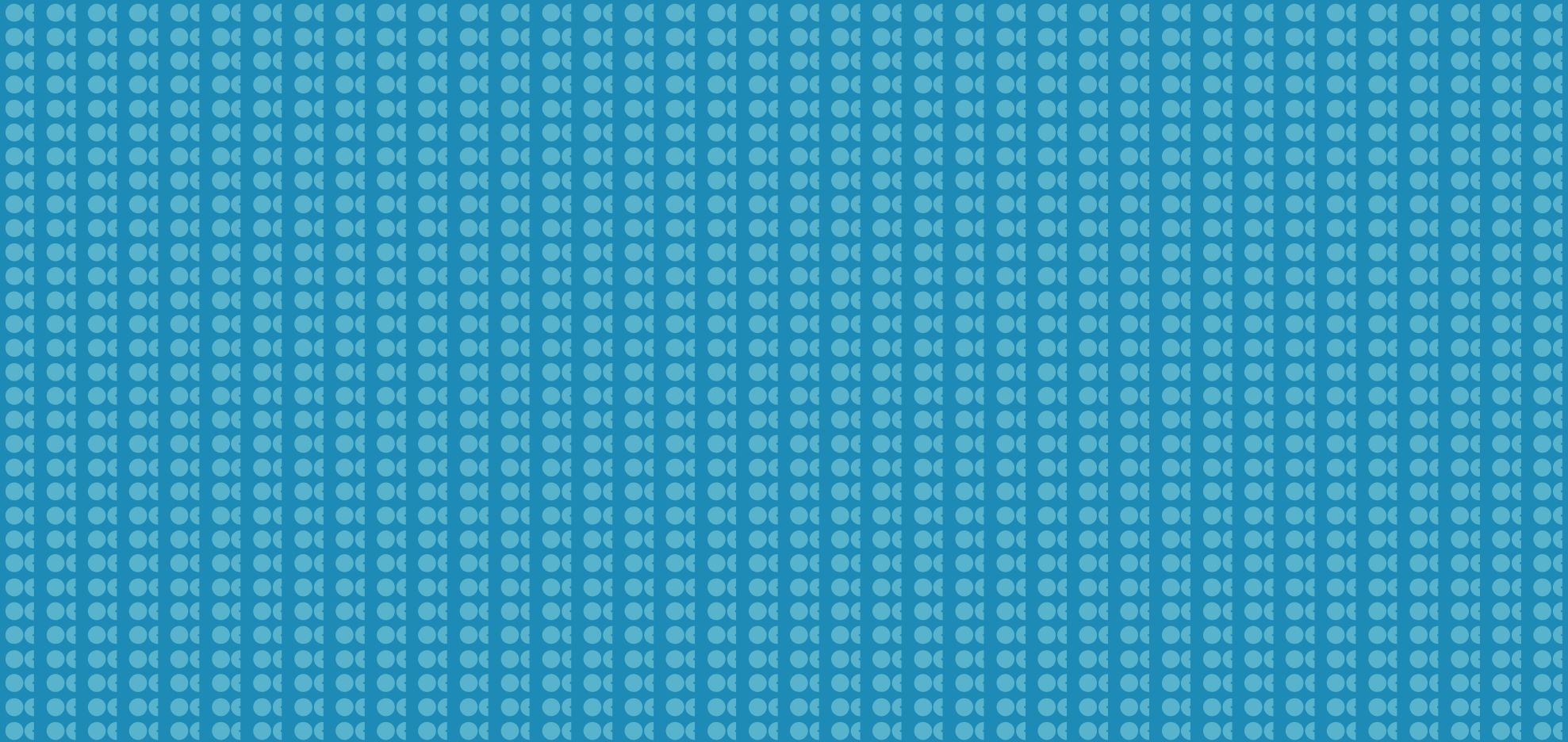
Unwirksame Auditregelung: Andere Anspruchsgrundlagen?

- § 101a UrhG: Besichtigungsanspruch des Urhebers
 - Nur in konkret begründbaren Anlässen: "Wer mit hinreichender Wahrscheinlichkeit das Urheberrecht widerrechtlich verletzt, kann von dem Verletzten..."
 - Gegenstand der Besichtigung ist konkret zu Bezeichnen – keine Ausforschung; kein Durchsuchungsrecht (BGH GRUR 2004, S. 420 – *Kontrollbesuch*)
 - Nur bei "gewerblichem Ausmaß" Anspruch auf weitergehende Unterlagen
- § 101 Abs. 1 UrhG: Auskunft nur bei nachgewiesener Verletzung in gewerblichem Ausmaß
- § 809 S.1 BGB: Besichtigungsanspruch wegen "Anspruch in Ansehung einer streitgegenständlichen Sache"
 - Nur in konkret begründbaren Anlässen – hinreichende Wahrscheinlichkeit
- § 242 BGB: Auskunft wegen begründeten Verdachts einer Pflichtverletzung
 - Nur in konkret begründbaren Anlässen – hinreichende Wahrscheinlichkeit

Exkurs Dokumentation: Bewahren Sie den vollständigen Vertrag auf!

- Zum Vertrag gehören
 - Die Dokumente, die zu Beginn ausdrücklich als Vertragsbestandteil genannt sind, z.B. in EVB-IT Verträgen
 - Sämtliche Dokumente, auf die im Text Bezug genommen wird, z.B. Microsoft EULA, IBM International Passport Advantage Vertrag
 - Größere Softwarehersteller verfügen über allgemeine Geschäftsbedingungen, auf die aus Verträgen heraus verwiesen wird – häufig mit Links auf Webseiten. Diese AGBs werden kontinuierlich überarbeitet und auf den Webseiten aktualisiert.
 - Es hängt von den konkreten AGBs und auch von der einzelnen Änderung ab, ob der neue Inhalt für den Auftraggeber verbindlich wird. Allerdings muss der Auftraggeber im Konfliktfall nachweisen können, dass der geschlossene Vertrag einen anderen Inhalt hat als die (aktuelle) Website. Das fällt nach fünf Jahren schwer.
 - Derartige Änderungen dienen häufig dazu, unwirksame AGBs durch wirksame auszutauschen. Beispiel: Auditklausel. Auch hier gilt in der Regel nur der Inhalt, auf den sich die Parteien ursprünglich geeinigt haben.
-

Das Audit



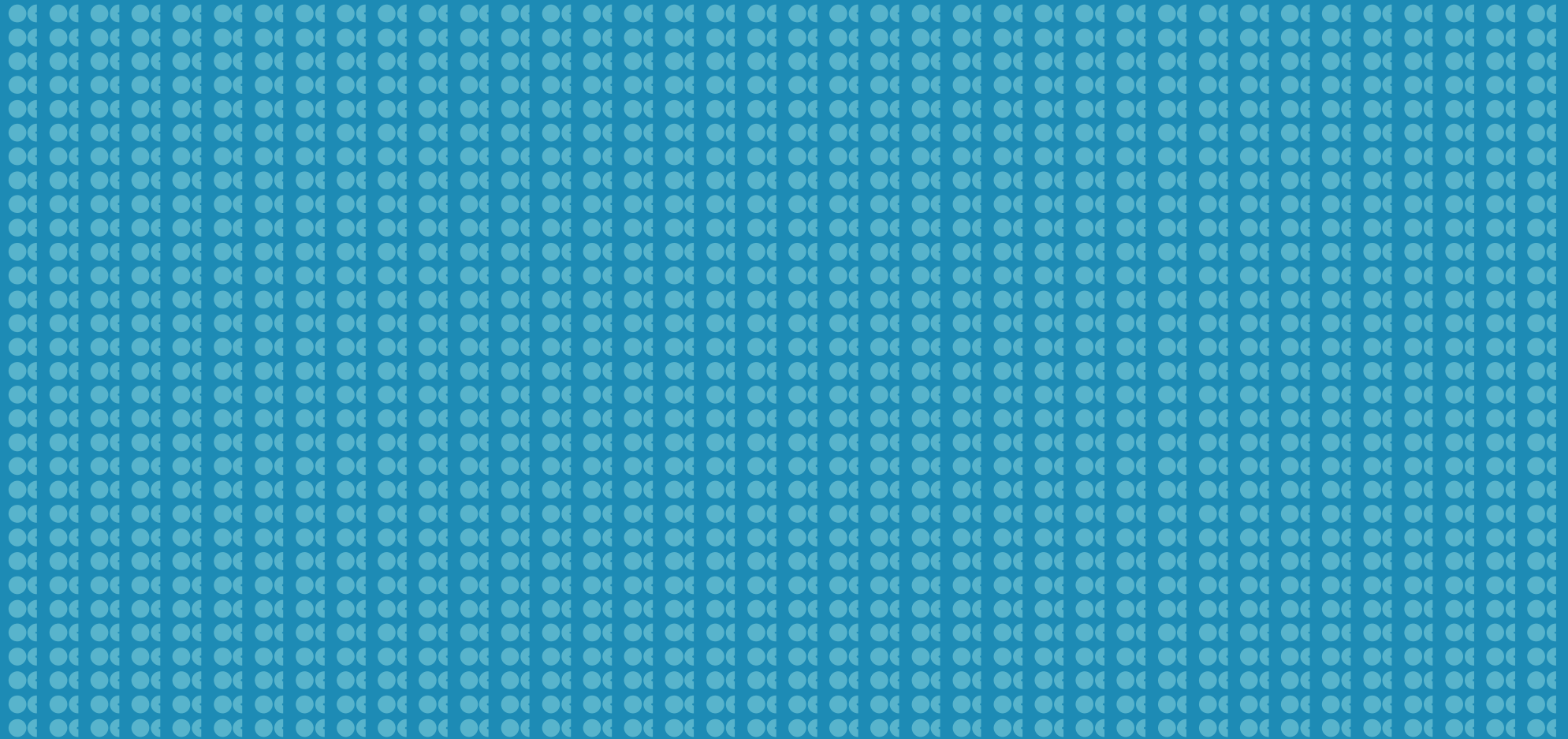
Vorbereitung des Audits

- Datenschutzbeauftragten verständigen
- Genaue Festlegung der Informationen, die gegeben werden sollen
- Bestimmung der Personen, die Auskünfte erteilen
- Falls Sie Zugang zu EDV-Systemen gewähren möchten:
 - Genaue Festlegung der Systeme und Berechtigungen.
 - Lassen Sie sich die Arbeitsweise möglicher Tools beschreiben und verbindliche Aussagen dazu geben, dass diese Beschreibung korrekt und vollständig ist.

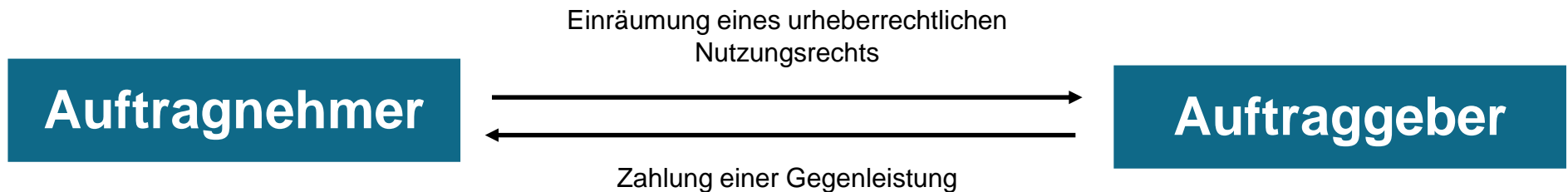
Durchführung des Audits (vor Ort)

- Durchgehende Begleitung der Prüfung und der Prüfer durch Hochschulmitarbeiter
- Auskünfte geben ausschließlich die zuvor bestimmten Personen
- Es besteht keine Pflicht und in der Regel auch kein Grund, Auskünfte spontan schriftlich zu erteilen oder Protokolle zu unterzeichnen
- Zu empfehlen: Anwesenheit (interner) Juristen

Das Ergebnis: „Unterlizenzierung“



Den Begriff der Lizenz gibt es im deutschen UrhR nicht

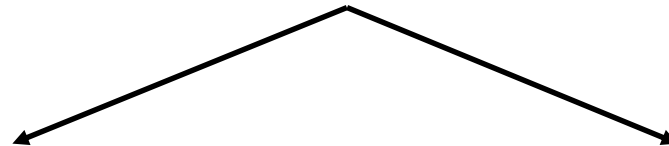


- Der Begriff der "Lizenz" entstammt dem anglo-amerikanischen Rechtsraum und ist dem deutschen Urheberrecht fremd, welches ausschließlich das "Nutzungsrecht" kennt.
- In Lizenzverträgen wird der Begriff verwendet für
 - Das Nutzungsrecht selbst
 - Das Entgelt, welches für die Einräumung zu leisten ist
- Das kann zu Missverständnissen führen, wenn von "Unterlizenzierung" die Rede ist.

Unterlizenzierung: Polizei, Handschellen, Gefängnis?

"Unterlizenzierung"

Bezeichnung ungenau – kann zwei unterschiedliche Situationen betreffen



Zahlungsrückstand: Das Nutzungsrecht deckt die tatsächliche Nutzung ab, aber es wurden nicht sämtliche Entgeltansprüche erfüllt.

Folgen: Verzugszinsen, u.U. Kündigungsmöglichkeit etc.

Urheberrechtsverletzung: Das Nutzungsrecht deckt die tatsächliche Nutzung nicht ab.

Folgen: Unterlassungsanspruch (!), Schadensersatz, weitere (i.d.R. sehr unangenehme) Ansprüche.

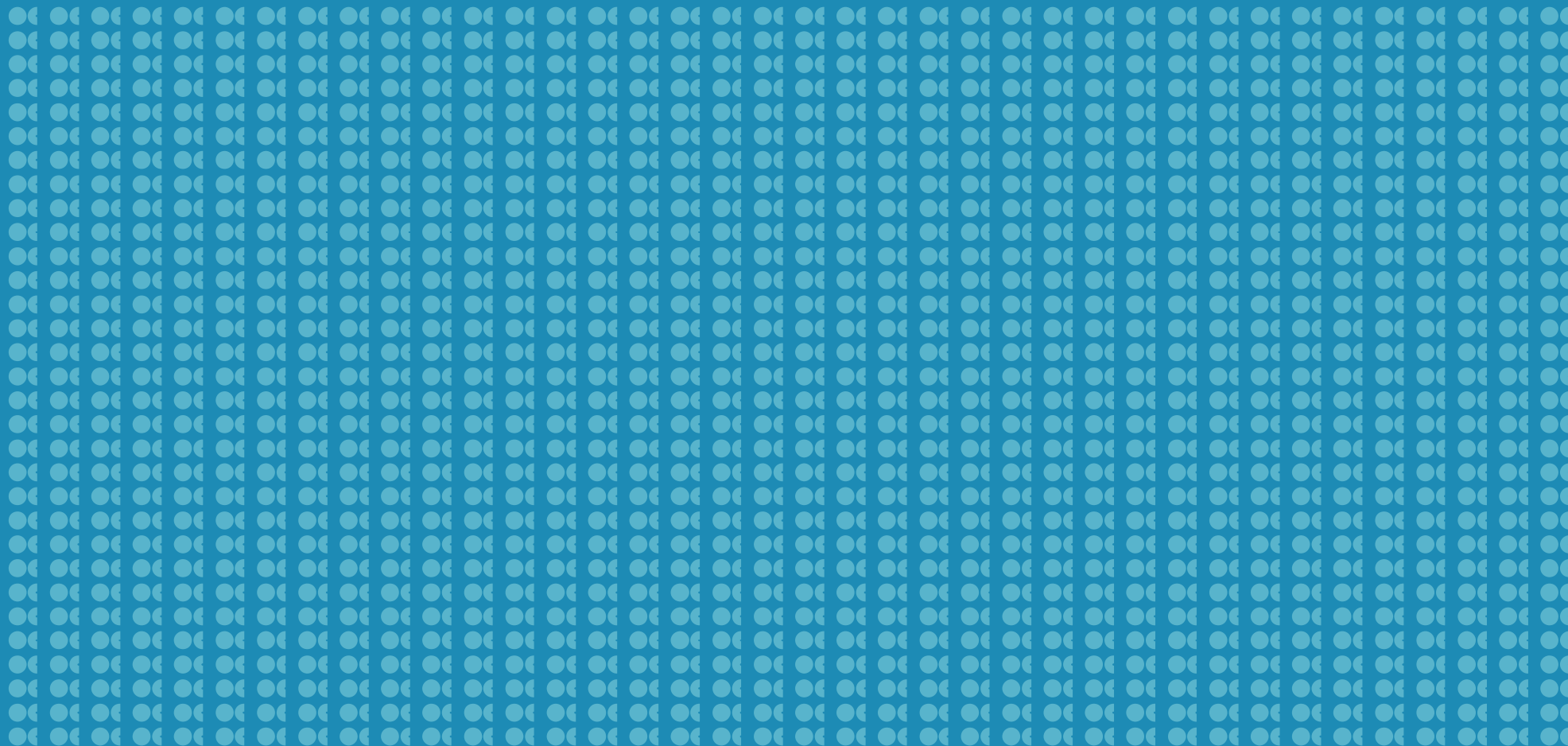
Liegt tatsächlich eine Urheberrechtsverletzung vor?

- Regelung über die Einräumung des Nutzungsrechts ("Lizenz") im Vertrag identifizieren
 - Regelungen über die Lizenzgebühr spielen **keine** Rolle
 - Suche kann sich in den häufig umfangreichen Dokumenten schwierig gestalten
- Regelung über die Einräumung des Nutzungsrechts auslegen: Deckt die tatsächliche Nutzung der Hochschule das ab, was erlaubt ist?
 - Beispiel für Verletzung: Geregelt ist "Der Lizenznehmer erhält das Recht, die Software auf bis zu 1.000 Endgeräten zu installieren und zu nutzen" – tatsächlich erfolgte die Installation auf 1.200 PCs.
 - Beispiel für fehlende Verletzung: Geregelt ist "Der Kunde erhält das Recht, die Software auf einem System zu nutzen." und an anderer Stelle: "Die Lizenzgebühr beträgt je angelegtem Nutzer-Account jährlich EUR 100,00". Die Software läuft auf einem Server, auf dem sich die Nutzer einloggen. Der Server kann eine hohe Zahl von Nutzern gleichzeitig bedienen. Dabei werden weder auf der Festplatte noch im Arbeitsspeicher für jeden User zusätzliche Programmkopien erzeugt. Der Auftraggeber unterhält mehr Nutzer-Accounts, als dem Vertragspartner gemeldet wurden.

Regelungen über die Lizenzmetrik können unwirksam sein

- Regelungen über die Lizenzmetrik sind unwirksam, wenn sie unverständlich oder unklar formuliert sind, § 307 Abs. 1 S.2 BGB. Die Gefahr einer inhaltlichen Benachteiligung muss sich daraus nicht ergeben.
 - Beispiel: Prozessorlizenz ohne Regelung, wie mit virtuellen Prozessorkernen zu verfahren ist (z.T. in Altverträgen, heute sehr selten)
- Regelungen über die Lizenzmetrik können auch wegen unangemessener Benachteiligung unwirksam sein
 - Zumindest zweifelhaft: Regelung, nach der eine Lizenzgebühr für jedes Gerät zu zahlen ist, auf der die Software installiert werden **kann**. Die Gegenleistung hängt hier nicht vom Umfang der Nutzung, sondern von auftragsfremden Umständen ab.

Prävention



Verhandlungen über die Lizenzgebühr

- Nach Möglichkeit: Lizenzgebühr unabhängig vom Umfang der Nutzung
 - Kaum durchsetzbar für weltweit standardisierte Produkte wie Betriebssysteme, Office-Software, Datenbanken.
- Nach Möglichkeit: Kein Erwerb fester "Pakete" (1.000 Lizenzen) zum festen Preis – Gefahr der versehentlichen Urheberrechtsverletzung
 - Ebenfalls in vielen Fällen nicht durchsetzbar.
- Falls nutzungsabhängiges Lizenzmodell gewählt wird: Nach Möglichkeit Lizenzmetrik, die vorhersehbar ist.
 - Beispiel: Nutzerzahl ist in der Regel technischen Parametern wie Anzahl der Prozessorkerne vorzuziehen.
- Falls an Prozessor angeknüpft wird: Nach Möglichkeit CPU statt Prozessorkern
 - LG Frankfurt, 30.03.2013, Az. 3-12 O 24/11: Erhöhung der Prozessorkerne bei "CPU-Lizenz" keine Urheberrechtsverletzung

Möglichkeiten zur Stärkung der Verhandlungsposition

- Konzentration von Marktmacht durch gemeinsame Beschaffung
 - Nach Möglichkeit mit dem Recht, aus einem gemeinsamen "Lizenzpool" zu schöpfen
 - Wird z.T. bereits umgesetzt
- Zusätzlich: Abschluss von Selektiv-Verträgen im Wettbewerb (Vergabeverfahren)
 - Problem: Wettbewerb nur möglich zwischen vergleichbaren Produkten; in vielen Bereichen von vornherein ausgeschlossen
 - Problem: Selbst unter vergleichbaren Produkten sind Administratoren und Nutzer nicht bereit, auf die Wahlfreiheit im konkreten Fall zu verzichten
 - Sehr gute Ergebnisse in anderen Bereichen (Arzneimittel), für Software aber häufig nicht umsetzbar

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit



Dr. Karsten Lisch

Rechtsanwalt

t +49 (0) 221 5108 4090

f +49 (0) 221 5108 4091

karsten.lisch@osborneclarke.com

